# XIII.

## Die Aenderung des Klagevortrages.

Von

Herrn Dr. C. Brackenhoeft,

außerordentl. Professor in Heidelberg.

---

### Vorbemerkung.

Die Frage: worin die Aenderung einer Klage bestehe? in der Weise zu beantworten, daß bei jedem Vortrage, der einen rechtlichen Anspruch nebst Gründen für denselben ausdrückt, ein durch dessen rechtliches Auffassen erkennbares Maaß dafür gegeben wird, in wie weit derselbe, unbeschadet der Identität der in ihm enthaltenen Klage, einer Aenderung unterworfen werden könne; ist mit der Eigenthümlichkeit verknüpft, daß die Unbestimmtheit der Gestaltung eines solchen Vortrages die Merkmale dafür vervielfältigt, ohne dadurch die Festigkeit der Unterscheidung zu fördern. Um diese Beantwortung in entsprechenden Gränzen zu halten, ist die Frage: inwiefern das Aufgeben einer Klage noch den Gebrauch einer neuen Klage übrig lasse? auszuscheiden. Auch wird eine besondere Prüfung jener Frage in Beziehung auf summarische Klagen umgangen. Den Weg, welcher zum Zwecke der Beantwortung eingeschlagen wird, zeigt folgende Anordnung: 1) Merkmale, welche die Ausprägung der prozessualischen Gestaltung des Stoffes zu gewähren vermag (§. 1. 2); 2) Rechtsorganische romanistische Klagengestaltung (§. 3—5); 3) Verrichtung des heutigen Sachgesuches in Ansehung der Identität des Streitstoffes (§. 6—11); 4) Tragweite der romanistischen Klagenge=

staltung in Ansehung der Gestaltung ihrer Substanzen und die Prozeßstadien der Unabänderlichkeit der letzteren (§. 12—14); 5) Scheidung des Gebietes der Substanzen und des Gebietes der Aequipollenzmöglichkeit (§. 15. 16); 6) Allgemeiner Begriff der Klagenänderung und der Klagenerläuterung (§. 17). Es wird sich dann ergeben, daß die Thatsachen des Klagevortrages ihre Eigenschaft als Substanz von ihrem Causalverhältnisse zum hauptsächlichen Sachgesuche empfangen (§. 7 — 9. 10), daß Unabänderlichkeit dieser Substanz im heutigen Prozesse dann, wenn sie nicht als Substanz eines durch das Gesuch festgestellten in Bestrittenheit getretenen Rechts, sondern als eine durch die Klagengestaltung geformte Substanz der Klage zu betrachten ist, keineswegs mit der Einlassung des Beklagten eintritt, sondern, sofern die Freiheit des Beklagten im Gestalten der Defension durch die Abänderung keine Beeinträchtigung erleidet, diese bis zum Uebergange des Thatsächlichen in eine spezielle Beweisauflage statthaft ist (§. 13. 15), und daß dann, wenn der Klagevortrag und die Einlassung des Beklagten nur die Vorbereitung der Verhandlung von Klage und Antwort bezwecken, eine Wandelung der, in dem vorbereitenden Klagevortrage in anderer Verrichtung, aufgestellten Thatsachen in Substanzen, bei der Klageverhandlung statthaft ist, sofern sie durch keine andere Veränderung des hauptsächlichen Sachgesuches vermittelt wird, als durch Fallenlassen von Stücken desselben (§. 7. 9). Endlich wird es aber auch sich zeigen, daß die Beschaffenheit der heutigen Prozeßführung es gestattet, das Princip der Abänderlichkeit eines solchen vorbereitenden Klagevortrages in Ansehung desjenigen, was keinen bedingenden Einfluß für die Identität des angesprochenen Güterstoffes in sich trägt, für die nachfolgende Verhandlung als maßgebend zu betrachten (§. 17).

## §. 1.

Daß Aenderung der Klage nach der Litiscontestation ausgeschlossen [1]), erläuternde Verbesserung derselben aber während der

---

1) Claproth: Einl. in d. ordentl. Proz. §. 133; in den Lehrb. v. Danz (§. 503), Grotman (§. 168), v. Linde (§. 197), Bayer (Vortr.

ganzen Dauer des Rechtsstreites noch gestattet sey[2]), ist regelmäßig anerkannter Grundsatz[3]). Die Gränze zwischen Aenderung und erläuternder Verbesserung pflegt indeß nicht näher bestimmt zu werden, als dahin, daß jene auf das Wesentliche gerichtet sey, letztere auf das Außerwesentliche. Das Nachbringen neuer Gründe und Merkmale, welche die angestellte Klage wesentlich bedingen, an die Stelle wirklich schon beigebrachter, wird als die Aenderung im Gegensatze der Verbesserung bezeichnet[4]). Es wird als schlechthin dahin gehörig genannt: der historische Klagegrund und das Gesuch[5]). Die Beschränkung auf das Nachbringen ist die Folge davon, daß die Benutzung eines thatsächlichen Stoffes jederzeit aufgegeben werden kann, weil man dadurch nur sich den Folgen unterwirft, die der Mangel, welcher durch das Aufgeben entsteht, zu Gunsten des Gegners etwa herbeiführt, und davon, daß man auf das Geltendmachen von Ansprüchen jeder Zeit verzichten kann. Allein, was ist denn der historische Klagegrund? Sucht man die Beantwortung dieser Frage in dem, was man als das gemeinsame Gut der Träger des prozessualischen Verkehrs in Deutschland betrachten kann, so ist die Antwort die: daß man das nicht weiß. Es ist das eine alltägliche Erscheinung des Zustandes der Bildung, daß von Bezeichnungen, die man täglich und stündlich gebraucht, sey es zur Unterhaltung, zur Belehrung, oder zum Ab-

---

S. 225 f.; Aenderung des Klaglib. §. 22), Heffter (Instit. S. 334): Schmid: Handb. §. 113; in d. Sächs. Const. v. 1572. I. 11; alten Sächs. Proz. Ordn. Tit. V. §. 4; u. anderen. Die erläuterte Altenburg. Proz.-Ordn. v. 1744. I. c. 11. §. 7; gestattet die Veränderung bis „über die Litiscontestation, also auf den Beweis, oder auf die Eidesleistung, rechtskräftig erkannt."

2) Gönner: Hdb. d. Proz. I. Abh. 20. §. 4; u. d. Cit. in Not. 1.

3) Auch nach der L. C. wollen noch Veränderung der Klage gestatten: Reinhardt: Hdb. des Proz. S. 158 ff.; Planck: d. Lehre v. Beweisurtheil S. 347 ff. Indeß letzterer indem er irrig in der römischen Formelertheilung ein Urtheil findet; ersterer weil er die Aenderung mit einer neuen Klagenstellung verwechselt, was vielleicht auch zum Grunde liegt, wenn Gönner a. a. O. die Aenderung der Klage für schlechthin unzuläßig erklärt.

4) Bayer: Aenderung u. s. w. §. 10. v. Linde's Lehrb. d. Proz. §. 175; Badische Proz.-Ordn. §. 304. 307.

5) Ebendas., Schmid a. a. O.

machen von Geschäften, sich die Bedeutung verliert, indem sie aus dem begriffsmäßigen Bewußtseyn in die bildliche Versinnlichung übergeht, und der Gebrauch der Bezeichnung ein mechanischer wird. Der Verlust wird erst empfunden, wenn es Anstöße gibt, und dann sucht man entweder vergeblich, oder die Schärfe des Gefundenen prallt zurück von dem Gestein der Versinnlichung. So ist es dem Klagegrunde ergangen. Abermals und abermals mißverstanden[6]), folgte dem Versuche, seine Gränze zu bestimmen[7]), das Unternehmen ihn jeder Begränzung zu berauben. Es wurde als Klagegrund aufgestellt: die Gesammtheit derjenigen Thatsachen, welche alle zusammen behauptet und vorhanden seyn müssen, wenn der erhobene Anspruch in concreto gerechtfertigt erscheinen soll[8]). Dieses Unternehmen wurde begünstigt, durch den Umstand, daß die Praxis sich dafür entschieden hat, daß es einer Angabe des Namens der Klage nicht bedarf; ein Name der eben nichts weiter ist, als der Ausdruck des Klagegrundes[9]). Die jüngst veröffentlichte Auseinandersetzung der Bedeutung des Klagegrundes, die einem Veteranen der Prozeßlehre ihre Entstehung verdankt, zerstört sich in sich selber[10]). Gänzliche Unabhängigkeit der Klagehandlung von der Gestaltung der rechtlichen Begründung des Anspruches, den die Klage geltend macht, ist die Idee, welche eine andere Ausführung benutzt, um das Klagerecht mit dem Rechtsverhältnisse zu identificiren, dem es als Mittel seiner Wirksamkeit dient[11]). Ihr verwandt ist, das Zurückdrängen des Organischen des Prozesses, durch dessen Auffassen als ein Geltendmachen von Privatrechten[12]). Indem nämlich das Geltendmachen mittelst des Prozesses vielmehr Behauptungen von Rechtsverletzungen zum

6) S. m. Auff. in d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. XI. S. 181 ff.

7) Ebend. S. 191 f.

8) Sintenis: Erläuterungen z. v. Linde's Lehrb. d. Civilproz. II S. 272. S. m. Erörter. z. dems. Lehrb. S. 405 ff.

9) Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. a. a. O. XI. S. 212 ff.

10) Die von Martin: Vorlesungen u. s. w. I. S. 472 ff. S. Heidelb. Jahrb. Jahrg. 1856. S. 172 ff.

11) Windscheid: die Actio u. s. w. S. 2 ff. 221 ff.

12) Martin: Lehrb. d. Proz. §. 1; Wetzell: Syst. d. ordentl. Civilproz. §. 1.

Gegenstande hat, wird durch jene Auffassung es in den Hintergrund gedrängt, daß diejenige Gestaltung der Klage, welche die Tragweite jenes Geltendmachens bestimmt, um dem Beklagten die Gestaltung der Uebung seiner Vertheidigungsbefugniß zu ermöglichen [13]), und die Gestaltung des Gesammtverhältnisses zwischen den Partheien, welches durch den Gebrauch der Behauptungen für das Ziel jener Tragweite erzeugt wird [14]), dem Prozesse angehört. Unbekanntschaft mit dem Ausbaue der Rechtsorganisation, drängt das Moment, welches das Mittelglied zwischen der Thatsache und der Rechtsvorschrift in der Erzeugung der Rechtsverhältnisse bildet, in den Hintergrund. Dieses Mittelglied, das juridische Factum [15]), ist eben das, was der Klagegrund auszuprägen bestimmt ist [16]). Der eine Theil seiner Verrichtung, nämlich die, dem Richter zu sagen, aus welchem concreten rechtlichen Grunde die rechtliche Wirkung entspringe, welche in Anspruch genommen werde, kann überflüssig seyn, ohne daß damit auch der andere Theil derselben überflüssig wird. Dieser ist der, die Individualität des streitigen Rechtsverhältnisses festzustellen [17]). Diese Individualität ist der Messer der Identität, von welcher der Umfang der Wirkung der rechtskräftigen Entschiedenheit abhängt. Der Versuch, die Merkmale dieser Identität festzustellen, hat ein ähnliches Schicksal gehabt, wie der, die Gränzen des Klagegrundes zu bestimmen. Es ist nach ihm unter die Merkmale jener

13) Jenachdem sie dinglich oder persönlich, der Gegenstand restitutionsartig oder leistungsartig ist.

14) Das Streitverhältniß und Prozeßverhältniß, Condemnationsverhältniß und Rechtskraft. Nach dem genannten Systeme von Wetzell, mit den drei Abschnitten: 1) Partheien und Partheihandlungen; 2) Gerichtsbarkeit und gerichtliche Handlungen; 3) Form des Verfahrens, fällt neben jener Klagverschiedenheit auch das Streitverhältniß in den ersten Abschnitt (§. 4. 13—16) dessen Bezeichnung schon ein Hinderniß ist, den organischen Einfluß dieser Elemente auszuprägen.

15) Zeitschr. f. Civilr. u Proz. XI. S. 175 ff.; u. Haimerl's Mag. f. Rechts- u. Staatswiss. XIII. S. 337.

16) M. Erörter. z. Linde's Lehrb. S. 402 ff.

17) M. Identität u. Connexität d. Rechtsverh. S. 122 ff. 158. 172 ff.; Auff. in d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. a. a. O. S. 239 f. Erörter. z. Linde's Lehrb. S. 407 ff. Not. 17.

Identität, statt des juridischen Factum, die Identität der Verletzung, welche die Klage hervorruft, aufgestellt worden [18]). Jene Individualität ist ferner der Messer desjenigen Stoffes, der in den Zustand der Bestrittenheit zwischen den Partheien übergeht, sofern er nicht durch anderweitige Mittel von dem Streite ausgeschieden worden ist, z. B. durch Zugeständniß. Fänden wir sie durch das juridische Factum in der Klage bezeichnet, so brauchten wir nur zu sagen: Die Aenderung der Klage hat zum Gegenstande dasjenige, was durch das juridische Factum als thatsächliche Substanz des dinglichen Rechts oder der persönlichen Klage, oder als dessen rechtliche Wirkung, nämlich als die des juridischen Factums, gestaltet ist. Es ist die Substanz das Maaß von Willensäußerung, welches die Voraussetzung dafür bildet, daß der Richter diese Wirkung als ein vollendetes Erzeugniß der rechtlichen Willensgestaltung des Klägers anerkennen muß, oder die quantitative Seite des juridischen Factums [19]). Die Aenderung des Klagevortrags in diesem Bestandtheile desselben ist unzulässig, nachdem durch Einlassung der Zustand der Bestrittenheit des juridischen Factums eingetreten ist, sofern sie nicht in einem bloßen Verzichte besteht. Jede andere Aenderung des Klagevortrags trifft nicht die Klage, sondern nur deren Stellung zu der neben ihr stehenden, die richterliche Thätigkeit in sich aufnehmenden Prozeßbewegung, nämlich die Mittel für das Wirken jener Substanz, die Eigenschaften oder die qualitative Seite des juridischen Factums [20]), und ist nur Verbesserung. Sofern aber der Anhaltpunkt fehlt, den jene Bezeichnung zu gewähren geeignet ist, entsteht eine Vervielfältigung der Merkmale dieses Unterschiedes.

## §. 2.

Durch die übliche Klagenstellung geht jener Anhaltpunkt verloren. Auch wenn sie zufällig das juridische Factum, z. B. die

18) Bekker: die prozessualische Consumption S. 242. Es versteht sich, daß hier gleiche Verflachung obwaltet, wie bei der oben Not. 8 gedachten Aufstellung des Klagegrundes. Es stellt sich das von selber heraus, sobald man nur die Anwendung sich zu verdeutlichen vermag.

19) Arch. f. civ. Prax. XXXV. S. 89. 207 ff.

20) Ebendaselbst.

Perfection eines Kaufgeschäfts, ausspricht, so wird der stoffliche Gegenstand, der von der rechtlichen Wirkung ergriffen seyn soll, doch in der Regel in seine Formulirung nicht eingeschlossen, sondern erst aus dem Sachgesuche erkennbar seyn. Es wird nicht die Klage, nämlich die einer individuellen Aneignungsthätigkeit entsprungene Ansprache, sondern nur eine Klage, nämlich irgend eine zu dem Sachgesuche passende Ansprache, in jener Verfahrensweise erhoben. Die streitenden Partheien eignen sich nicht Wirksamkeit oder Unwirksamkeit von Rechtsverhältnissen an; sondern vielmehr Wirksamkeit oder Unwirksamkeit einer Substanz, durch irgend ein juridisches Factum, oder eine causa [1]), in Ansehung eines gestellten Gesuches. Und es wird dieses Sachgesuch immer die Stelle seyn, welche zunächst über diesen Gegenstand entscheidet, auch wenn ein solcher an einem andern Orte der Klage genannt ist; und vielleicht unbedingt. Ob unbedingt, das hängt ab von der Kraft, die das Wort im Prozesse hat. So gewiß die Prozesse mit Worten geführt werden, und so gewiß diese Worte dazu bestimmt sind, den Zustand des Prozesses zu gestalten, so gewiß ist es auch, daß die Kräftigkeit des Worts eine andere ist, wenn man es als ein sinngestaltendes Zeichen, und eine andere, wenn man es als ein Merkmal der Absicht, einen gewissen Sinn auszudrücken, betrachtet und behandelt. Im erstern Falle trennt sich der Wortsinn von der Absicht, der beabsichtigte Sinn wird gleichgültig, und es entscheidet nur der Sinn, den das Wort in dem

1) Arch. f. civ. P. XXXV. S. 101 ff. XL. S. 77 ff. Ist demnach das Gesuch z. B. auf eine Anerkennung von Eigenthum gerichtet, und sind zu diesem Ende Thatsachen erzählt, aus denen ein Kauf des angesprochenen Gegenstandes, und eine Tradition desselben hervorgeht, so wie ein Besitz desselben von der Dauer der Usucapionszeit, so kann die causa entweder derivativer Erwerb vom Auctor seyn, oder Erwerb durch Usucapion, jenachdem der Auctor Eigenthümer, oder in Ermangelung dieses Umstandes der Erwerber im guten Glauben war. Allein die Substantiirung ist nur ausreichend, insofern diese Umstände außer der Substanz liegen, oder die Substanz eine Grundlage für das Vorhandenseyn des einen oder des andern dieser Umstände in sich trägt. Indem nun Vertrag und Tradition die Erscheinung eines rechtlichen Eigenthumserwerbes herstellen, bilden sie eine thatsächliche Grundlage der Rechtlichkeit der Ueberzeugung des Erwerbers die zum Erwerbe genügt, bis Umstände hervortreten, die dieser Rechtlichkeit entgegenstehen.

Kreise hat, dem es als Mittel der Mittheilung dargeboten ist. Es gilt die formelle Bedeutung, und keine Interpretation nach der Absicht[2]). Im letztern Falle bleibt das Ursachsverhältniß zwischen der Beabsichtigung der Mittheilung eines gewissen Sinnes, und des Gebrauches des Wortes, als des Mittels dazu, mit Einfluß bekleidet, und es entscheidet der beabsichtigte Sinn. Es gilt die Bedeutung, die durch Uebereinstimmung mit dem Mittheilungszwecke, indem diese in die Verrichtung einer Gestaltung des Mittheilungsstoffes tritt, den Character einer materiellen annimmt, als das Ergebniß einer Interpretation aus der daraus hervorgehenden Absicht. Da nun das Gesuch nicht überschritten werden darf, so muß im erstern Falle die Wortfassung des Sachgesuches unbedingt jenen Gegenstand bestimmen[3]). Im letztern Falle dahingegen entscheidet diese Wortfassung darüber nur, sofern nicht eine andere Absicht aus dem Mittheilungszwecke hervorgeht, und der Grundsatz: ut quae desunt advocatis partium, judex suppleat, kann dann selbst ein Ueberschreiten der Wortfassung des Gesuchs und beziehungsweise der Klage rechtfertigen[4]). Absolutes Wort ist im Gebrauche, oder in der Rede, nur ein Wort für sich, nicht aber das Wort, welches mit anderen in Verbindung Theil einer Rede ist; sofern nicht die Rede die Bestimmung erhalten hat, eine wörtliche zu seyn, oder ein Wort als Theil der Rede durch deren Weise diese Bestimmung erhalten hat, wie sie durch die Wahl der substantivischen Form getroffen wird. Durch diesen Gebrauch wird das Wort oder die Rede zum Zeichen des Berichtigtseyns. Ein Zeichen des Berich-

2) S. Jahrb. d. Badisch. Oberhofgerichts, Jahrgg. 1838. 39. S. 276 ff., Magaz. f. Badische Rechtspflege und Verwaltung v. Zentner I. S. 165; wo die Interpretation nach der Absicht gebilligt wird. Dadurch wird aber die Ausdrucksweise nicht gleichgültig: Arch. f. civ. Prar. XXXV. S. 166 ff., da diese eben dazu dient, die Erkennbarkeit der Absicht herzustellen.

3) Wenn nicht der Klagevortrag dem Richter irgend einen Anhaltpunkt darbietet, daß der Kläger auch das Mehr, welches ihm gebührt, mit der Klage verfolgen wollen, muß es schon bei dieser wörtlichen Bestimmung bleiben. Inwiefern die s. g. clausula salutaris einen solchen Anhaltpunkt zu bilden geeignet ist, darüber m. Erörter. z. v. Linde's Lehrb. d. P. S. 373 ff.

4) M. Erörter. z. v. Linde's Lehrb. d. P. S. 357 ff.

tigtseyns der Gränzen eines Rechtsstreits ist natürliches Erforderniß seines Beginnens, sofern er zum Mittel des Herstellens einer Gewißheit[5]) geeignet seyn soll. Es gehört daher auch zur Klage, weil sie das Beginnen des Rechtsstreites zu gestalten bestimmt ist. Daß die römische Klageformel die Bestimmung eines solchen Zeichens hatte, zeigt ihr Gebrauch. Die Rede welche die Formel bildete, muß also die Kraft eines Zeichens gehabt haben. Alles was die Fassung derselben in sich aufnehmen vermogte, gehörte zum Stoffe des Rechtsstreits, wenn es nicht wörtlich (nominatim) ausgenommen war[6]). Daß nicht das Umgekehrte galt, scheint seine Ursache darin zu finden, daß das römische Recht jedes Rechtsverhältniß als ein Stück des pecunia, oder als ein Vermögensstück, aufgefaßt[7]). Diese Auffassung zeigt sich darin, daß nach älterm Rechte die actio das ganze Rechtsverhältniß, die Gesammtheit der Wirkungen des juridischen Factum, in judicium deducirt, sofern nicht eine praescriptio pro actore eine Zerstückelung vermittelt[8]). Als Nachwirkung davon stellt sich dar, die Regel: daß der prozessualische Vortrag überhaupt zu Gunsten desjenigen auszulegen ist, von dem er ausgeht[9]). In der heutigen, des eigentlichen Ausdruckes des Klagegrundes beraubten, Klage, findet sich kein anderes Moment, welches zum Zeichen jener Begränzung dienen könnte, als das Sachgesuch[10]). Denn ihr anderer Theil, die

---

5) Ebend. S. 175 ff.

6) L. 61. pr. D. de judiciis 5. 1.

7) M. Auff. im Arch. f. civ. Prax. XXXIII. S. 398 ff.

8) Gaji J. IV. 130—133. Ueber die Accessionen, hinsichtlich welcher eine besondere Klage mangelt, entsteht auch stillschweigend ein Nebenstreitverhältniß. Daß in der Klage nicht um deren Zuerkennung geboten zu werden brauche: m. Erörter. z. Linde's Lehrb. der Proz. S. 416; ist ganz etwas anderes, als eine Befugniß des Richters von Amts wegen sie zuzusprechen; die Reyscher: Zeitschr. f. d. R. XVII. S. 2. Not. 3; damit identificirt. Beschränkt man den Mangel der Klage auf solche, die eben durch den Prozeß eine Schuld des einen Theils werden, so gibt es keinen Grund denselben als ein Erzeugniß zu betrachten, welches der Eigenthümlichkeit der römischen Rechtsgestaltung entspringt.

9) L. 66. D. de jud. 5. 1. L. 172. §. 2. D. de R. J. 50. 17.

10) Die zweite Conclusion der Klage, neben der ersten im juridischen Factum enthaltenen. M. Auff. in d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. XI. S. 175 ff.

Geschichtserzählung, setzt nicht den Zweck der Klage, sondern dient ihm nur.

§. 3.

Das Fordern eines Gegenstandes, welches in dem Sachgesuche sich ausspricht, kann dann, wenn dieser Gegenstand nicht zu einem rechtlichen Erzeugnisse einer bestimmten causa petendi ausgeprägt ist, ohne Veränderung der Identität desselben, durch dieselben thatsächlichen Behauptungen in verschiedener Weise gerechtfertigt werden. Die Behauptung von Thatsachen, welche einen Vertragsschluß herstellen der den Kläger zum Fordern des Gegenstandes zu berechtigen geeignet ist, kann dazu dienen, eine Verurtheilung zu rechtfertigen, die dem Kläger den Executionsweg eröffnet; aber bald unmittelbar, nämlich dann, wenn man der Klage, z. B. einer Executivklage, bloß die Eigenschaft einer Executionspräparation zuschreibt; und bald mittelbar, sey es nun indem sie die Ueberzeugung des Richters hervorruft, daß eine Handlung des Beklagten, welche dem Fordern des Klägers entspricht, z. B. eine Tradition, dem letztern als ein Rechtsgegenstand angeeignet sey, wie bei einer Forderungsklage, sey es indem sie dem Richter die Anerkennung aufnöthigt, daß der Gegenstand, welcher sich im Besitze des Beklagten befindet, dem Kläger angeeignet sey, wie bei einer dinglichen Klage, namentlich der Eigenthumsklage. In der letztern Verrichtung wird durch das Erforderniß der Mitwirkung anderer Umstände, als des Vertragsschlusses, die Verschiedenheit noch vervielfältigt. Die gedachte Behauptung des Vertragsschlusses kann einestheils dazu dienen, eine justa causa des Eigenthumserwerbes (um bei diesem zu bleiben) herzustellen, nämlich dann wenn der Eigenthümer des Gegenstandes auf den Grund des Vertragsschlusses dem Kläger (oder dessen Vorgänger) tradirt hat. Sie kann aber anderntheils, als justus titulus für die Aneignung eines Eigenthumsstückes, dazu dienen, die bona fides zu begründen, deren es in Ermangelung einer Tradition, welche den Eigenthümer zum Urheber hat, bedarf, um eine justa causa des Eigenthumserwerbes des tradirten Stoffes herzustellen [1]). Wird sie in Verbindung mit

1) M. Auff. in d. Zeitschr. f. pract. Rechtswiss. IV. S. 82 ff.

einer in Folge des Vertragsschlusses geschehenen Tradition einem Eigenthumserwerbe zum Grunde gelegt, so läßt sich im Falle der Nichterwähnung eines die Usucapionszeit hindurch fortgesetzten Besitzes, zwar aus dem Zwecke schließen, daß die erste Verrichtung beabsichtigt; wenn aber die Erwähnung eines solchen Besitzes sich findet, aus der Beabsichtigung der zweiten Verrichtung noch nicht, daß die erstere nicht beabsichtigt sey. Es hat aber in keinem dieser Fälle die eine oder die andere Absicht einen Ausdruck empfangen, wenn nicht gesagt ist, daß der Eigenthümer Urheber der Tradition, oder diese von der bona fides des Empfängers begleitet gewesen; indem dadurch, daß eines oder das andere gesagt wird, die Thatsachen erst die Maaßbestimmung empfangen, von der ihre rechtliche Tragweite abhängt. Jede dieser Verrichtungen gibt dem Erwerbe ein anderes Element zur Wurzel; die erste: die Enteignung des Auctors, die zweite: die Beschaffenheit der Aneignung des Erwerbers. Die erste empfängt ihre Triebkraft von einer Verbindung des Gegenstandes mit dem Willen des Auctors, die letztere von einer Verbindung desselben mit der Ueberzeugung des Erwerbers, die eine Versinnlichung des Angeeignetseyns im Stoffe in sich trägt, welche ihrer Natur nach nur das Unangeeignete (das was keinem andern ausschließend angeeignet ist), zum Vermögensstück [2]) gestalten, nicht aber gegen fremden Sonderwillen enteignend wirken kann. Der Erwerb des Unangeeigneten liegt außerhalb des Rechtsverkehrs, der Erwerb des Angeeigneten von anderen innerhalb desselben; und es bedarf daher der jedesmalige Außerverkehrserwerb zur Erlangung der Theilnahme am Schutze des Verkehrs einer Einführung in den Schutz des Verkehrs, die eine Zuständlichkeit dieses Verkehrs voraussetzt, welche sie gestattet. Daß eine solche Gestattung den Sitz der Erkennbarkeit jener Ueberzeugung, und ihres Einklanges mit der Verkehrsorganisation, nämlich den Wahrnehmungszustand des Erwerbers, als entscheidendes Merkmal hervortreibt, schließt die Ueberzeugung von der Verrichtung nicht aus, eine Verschiedenheit der Aneignungsorganisation aufrecht zu erhalten, die einen

2) Arch. f. civ. Prax. XXXIII. S. 405 ff. XXXV. S. 96.

Einfluß darauf übt, inwiefern die Elemente der Erwerbthätigkeit deren Substanz angehören, oder nur dazu dienen sie zu qualificiren. Jenachdem der Kläger sich auf Eigenthum des Auctors oder seinen Usucapionsbesitz beruft, steht die Klagenstellung in einer andern Organisation der Aneignung [3]); es sey denn, daß der auf die Ueberzeugung des Erwerbers gegründete Ausserverkehrserwerb und dessen jedesmalige Einführung in den Schutz des Verkehrs, die allgemeine Gestaltung der Aneignungsorganisation bildete [4]), und, wenn nicht etwa der Kläger durch das Erbieten seine Ueberzeugung von seinem Rechte zu rechtfertigen, den Beklagten zur Einlassung nöthigen könnte, der Erwerb durch den Willen eines Auctors die Verrichtung hätte, ein Präjudicium des Daseyns jener Ueberzeugung des Erwerbers herzustellen. Jenachdem Verkehrserwerb oder Ausserverkehrserwerb die Gesammtorganisation ist, würde Verschweigung, sowohl des Eigenthums des Auctors als der bonae fidei possessio, dahin führen, daß der Beklagte, wegen Verschweigung des ersten Abweisung der Klage ohne irgend eine behauptende Opposition verlangen, wegen Verschweigung der letztern auf die Opposition des eignen Eigenthums die Negation des Eigenthums des Klägers stützen, oder aber umgekehrt, wegen Verschweigung des ersten zu der zweiten, wegen der Verschweigung des zweiten zu der ersten Entgegnung greifen könnte [5]). Wenn aber der Beklagte wegen

---

3) Ebendas. XXXV. S. 101 ff.

4) Es versteht sich, daß dann eine von der Gestaltung der Verkehrsorganisation abweichende Ueberzeugung jenen Schutz nur genießen könnte, wenn der Stoff der Aneignung durch dieselbe erst in das Gebiet der Verkehrsorganisation eingeführt würde, wie bei der Beute (Gaj. I. IV. 16: „maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent); daß aber dann, wenn die Verkehrsorganisation Bedingnisse der Einführung der durch jene Ueberzeugung gestalteten Aneignung in den Verkehrsschutz in Ansehung der in jenes Verkehrsgebiet bereits eingeführten Stoffe feststellt, wie bei der Usucapion, durch die Erfüllung dieser Bedingnisse die Uebereinstimmung mit der Verkehrsorganisation hergestellt ist.

5) Wäre demnach der Außerverkehrserwerb maßgebend, so würde immer die bona fides oder die Ueberzeugung der Rechtlichkeit, mit welcher die Aneignung vorgenommen, deren Wirksamkeit bedingen. Sie würde aber nie genügen, für eine willkürliche Aneignung den Schutz der Verkehrsorgani-

Verschweigung der zweiten, der bonae fidei possessio, zur zweiten Entgegnung greift, nämlich dann, wenn Verkehrserwerb die Gesammtorganisation aber Einführen des Außerverkehrserwerbes in deren Schutz gestattet ist, und der Beklagte auf den Grund jener Verschweigung das Eigenthum des Klägers negirt; so genügt die Opposition seines Eigenthums nicht, ihn von der Einlassung auf die Frage über den Vertrag und die empfangene Tradition zu befreien, sondern es bedarf dazu entweder des Bestreitens der Einführung in den Verkehrsschutz durch ein Läugnen des Dagewesenseyns der possessio, oder auch des Bestreitens der bona fides durch das Behaupten der Kunde des Erwerbers von dem Entgegenstehen des dem Beklagten zustehenden Eigenthums [6]). Jene Opposition reicht aber, wenn ihr Inhalt

---

sation zu begründen. Eben so wenig kann da, wo die Aneignung die Erfordernisse der Verkehrsorganisation an sich trägt, eine mala fides jenen Schutz entziehen, so wenn der Auctor Eigenthümer ist: L. 9. §. 4: D. de juris et facti ignor. 22. 6; oder wenn der Stoff zwar einem fremden Vermögen angehört aber ebenfalls einem Vermögensstücke des Aneignenden, wie bei der Usureception: Gaj. I. II. §. 58 61; und beim Untergange von Servituten non utendo. Zeitschr. für Civilr. u. Proz. N. F. IX. S. 174 ff.

6) Es ist ein Unterschied, ob die Kraft eines Rechtserwerbes bedingt ist, durch den Mangel eines Rechts eines Dritten, oder durch Eigenschaften welche das Recht eines Dritten vernichten. Im erstern Falle ist die Opposition des Rechts des Dritten gegen das Erworbenseyn ein Bestreiten des Grundes der Klage. Der Beklagte aber, welcher mit dem Bestreiten der Usucapion nicht ein eignes Angeeignetseyn vertheidigte, würde auf den Mangel des Behauptens jenes Eingeführtseyns sich nie berufen können, da er dadurch nur eine s. g. exceptio e jure tertii vorschützen würde, weil dessen Verwirklichung immer nur eine Aneignung des Schutzes des ehemaligen Eigenthümers bewirkte; es würde aber der Mangel des Behauptens eines Eigenthums des Auctors genügen, ihn von der Klage zu befreien, sofern nicht der Schutz des ehemaligen Eigenthümers auch ohne dessen Auctorschaft durch jenes Eingeführtseyn erworben werden können. Diese Möglichkeit tritt aber dann ein, wenn dessen Schutzträgerschaft untergegangen, z. B. durch seinen Tod, und der Schutz in dem Daseyn eines Schutzvermögens gegenständlich geworden ist. Er würde ferner im Falle des Behauptetseyns einer bonae fidei possessio, der Klage aus gleichem Grunde nur die Behauptung einer Kunde des Klägers von seinem Eigenthume, einen dolus, opponiren können, sofern die bona fides des Klägers keiner Beweisführung bedürfte. Erst dann,

vergewissert ist, zum Erlangen jener Befreiung im Falle des Verschwiegenseyns der bona fides dann aus, wenn die Klage einen Gegenstand fordert, weil Angeeignetseyn fremden Eigenthums ohne Willen des Eigenthümers der Verkehrsorganisation widerstreitet.

---

wenn die Usucapion selber zu einer Erwerbsart der Gesammtorganisation gestaltet wäre, würde die Behauptung einer eigentlichen mala fides, im Gegensatze von jenem dolus (s. Zeitschr. f. pract. Rechtsw. IV. S. 76 ff.), nämlich die Behauptung der Kunde irgend eines fremden Eigenthums, relevant, aber auch allerdings erst dann Bedürfniß seyn, wenn eine bonae fidei possessio vom Kläger behauptet, und ein justus titulus als Factor der justa causa (Zeitschr. f. pract. Rechtsw. a. a. O.) erweislich wäre, da dann die Vertheidigung es erforderte, den Beweis dieser causa zu elidiren. Es würde aber der Beklagte eben so wohl auf die Behauptung, daß der Kläger mit der Kunde von seinem, des Beklagten, oder seines Auctors (oder Erblassers) Eigenthum, also dolo (s. L. 7. §. 11. D. de Publ. in rem act. 6. 2), den Besitz erlangt, eine eigentliche exceptio gründen können. Er würde aber dann dieser exceptio sich nicht bedienen können, wenn das Eigenthum von einem Schutzvermögen getragen würde, dessen Träger zur Zeit der Besitzerlangung untergegangen war; und erst dann, wenn dieses Schutzvermögen aus einem Defensionszustande, der das Erlangen einer Verurtheilung auf den Grund einer ihm widerstreitenden Vindicationsdefension (Gaj: I. IV. 16: „quando tu injuria vindicavisti") gewährleistete, in den Gegenstand einer einseitigen Petition, als ein juris nomen, das auch ohne Stoff („sine corpore") ein Daseyn hat. L. 50 pr. D. de hered. pet. 5. 3. L. 3 pr. §. 1. D. de bonor. poss. 37. 1. L. 119. 178. §. 1. L. 208. D. de V. S.; übergegangen, und dadurch an die Stelle eines Stoffstückes getreten wäre, dessen Angeeignetseyn eine justa causa in Ansehung des Stoffes voraussetzte: oben §. 3. Not. 1; könnte ein Berufen auf jene eigentliche mala fides von Relevanz seyn. So erklärt es sich, daß die s. g. improba usucapio pro herede zur Zeit der Einführung der hereditatis petitio dieser gegenüber für wirkungslos erklärt würde, sofern nicht ein Nachfolger ohne Stoffaneignung als necessarius heres in jenes Schutzvermögen eingetreten war. Gaj: I. II. 57. 58. III. 201. Die Frage: ob die bona fides die positive Meinung des Eigenthums des Auctors gehöre: s. Gesterding: Nachforsch. V. Abth. 2. S. 38 ff.; ist nach den aufgestellten Unterscheidungen zu beantworten. Wer justus titulus hat, kann nur als malae fidei possessor angesehen werden, wenn ihm die Kunde fremden Eigenthums nachgewiesen wird. Daher ist der in bona fide, qui ignoravit rem alienam esse: L. 109. D. de V. S., u. and.

## §. 4.

Fordert die Klage also nicht, wie die ehemalige legis actio, bloß ein defendere, so daß jede Erwerbart nur dazu dient, die richterliche Ueberzeugung zu einer Verurtheilung zu bestimmen[1]; fordert sie vielmehr einen Gegenstand, der irgend einen räumlichen Sitz der Güterkraft oder einen Körper ergreift und sich dadurch mit einem Stoffe bekleidet, so muß unter der Herrschaft einer solchen Klagengestaltung der Verkehrserwerb durch den Willen eines Auctors, der übereinstimmt mit dem Erwerbe einer Forderung durch den Willen desjenigen, der sich obligirt hat; sich zur Grundgestaltung erheben. Denn dieser Erwerb weicht seiner Natur nach vor dem Stoffe fremden Angeeignetseyns zurück, während der Ausserverkehrserwerb mit fremdem Angeeignetseyn in Opposition tritt. Allein es kann diese Klageweise, die in den zu Petitionen gestalteten Actionen des jüngern römischen Rechts[2] sich findet, nie durch die Natur ihrer Grundlage, sondern nur durch deren Trageweite, das Ausgeschlossenseyn fremden Angeeignetseyns von dem angesprochenen Stoffe vergewissern, weil diese Grundlage eine Erwerbthätigkeit, und deren Einwirkung auf den Stoff, den sie zum Gegenstande hat, durch jenes Ausgeschlossenseyn bedingt ist[3]. Indem sie dieses Ausgeschlossenseyn aus der Beweisführung des Klägers entfernt, kann jene Tragweite immer nur eine eventuelle seyn, so lange sie nicht durch Urtheil festgestellt

---

1) S. Arch. f. civ. Prax. XXXV. S. 98 ff. 89 f. 189. 202. 218; Zeitschr. f. pract. Rechtsw. IV. S. 89 f.

2) Roßhirt's Zeitschr. f. Civil- u. Crim.-R. IV. S. 68 ff. Arch. f. civ. Prax. XXXV. S. 92 ff. 100. 104. XL. S. 66.

3) So daß, wenn der Ansprechende den Gegner zu einer Einlassung nöthigen kann, ohne es behauptet zu haben, es sich zu einem Verschwiegenen gestaltet, das durch Entgegensetzen einer prägnanten Negation ein Bedürfniß zu deren Beseitigung hervorrufen kann: Arch. f. civ. Prax. XXXV. S. 101 ff. Die Möglichkeit, ungeachtet solcher Verschweigung den Beklagten zur Einlassung zu nöthigen, z. B. ohne die Behauptung, daß der Beklagte nicht Eigenthümer sey die Eigenthumsklage anzustellen, vermittelt den Gebrauch der Petitionen, und verwandelt diejenigen Oppositionen, die eine erwerbende Thätigkeit voraussetzen, oder eine Befreiungsbewirkung, in Exceptionen, so die Contravindication und die Behauptung der Solution: ebendas. S. 92 ff. 110.

ist. Sie muß aber schon bei der Einlassung des Beklagten bestimmt seyn, weil ohne solches Vorausbestimmtseyn das Gestalten einer Vertheidigung nicht möglich seyn würde. Es liegt zu Tage, daß die Gewöhnung an eine bestimmte Erwerbsgestaltung nicht allein die Idee einer Versinnlichung der Aneignungsthätigkeit im Stoffe und der Vermittelung derselben durch eine Ueberzeugung des Erwerbers sammt der Verschiedenheit der Erwerbsorganisation, sondern auch die aus diesen Momenten entspringende Gestaltung jener Trageweite in den Hintergrund gedrängt hat. Ohne sich dieser Gestaltung als des Maaßstabes jener Trageweite zu bedienen, wird aber die Verschiedenartigkeit des Einflusses derselben Thatsachen in Ansehung eines ohne rechtliche Qualification der causa aufgestellten Anspruches nicht erkannt. Die richtige Bezeichnung für jene Trageweite kann nur in der eines stillschweigend gegebenen eventuellen Präjudicirtseyns gefunden werden[4]. Es wird um so unerläßlicher, diese Präjudicialgestaltung ins Auge zu fassen, als mit ihrer Hülfe, namentlich auch in der Vereinigung der verschiedenen Erwerbsorganisationen, neue Klagen sich gestaltet haben. Stellt man bei dem Eigenthumserwerbe dem Standpunkte des Verkehrserwerbes entsprechend, den Vertragsschluß und die Tradition, beziehungsweise die Dauer des Besitzes während der Usucapionszeit, als die Substanz der Aneignung voran, den Eigenthumszustand des Auctors, beziehungsweise die bona fides, als qualificirende Momente daneben, so erfordert eine bewußte Vereinigung des Usucapionserwerbes mit dem directen Erwerbe vom Auctor, daß die bona fides als das Mittel angesehen wird, ein eventuelles Präjudicirtseyn des Erwerbes auf den Grund eines Eigenthumszustandes eines Auctors, in ein definitives zu verwandeln. Ob das Präjudicium dahin gefaßt wird: daß der benannte Auctor der Eigenthümer gewesen; oder dahin: daß der

4) Oben §. 3 nach Not. 4. Ein solches eventuelles Präjudicium für den einzelnen Fall, welches zur Eingehung von Sponsionen und Restipulationen nöthigt, die es befestigen, zeigt sich in der Einleitung des Interdictenverfahrens: Gaj: l. IV. 139 sqq., an dessen Stelle später, nachdem das Präjudicirtseyn der Folgen die den Unterliegenden treffen, sich befestigt hat, der Gebrauch einer extraordinaria actio tritt: pr. I. de interd. 4. 15; rubr. Tit. D. de interd. 43. 1.

benannte Eigenthümer, der das Eigenthum durch die Usucapion verliert, der Auctor gewesen; oder daß es so angesehen werde, als ob das eine oder das andere der Fall gewesen; ist für die Sache gleichviel. Diese Auffassung hat aber die Folge, daß, sofern der Eigenthumserwerb durch Vertrag und Tradition in der Vernichtung des Rechts eines Dritten seine Kräftigung findet, jenes eventuelle Präjudicium jede Opposition des Eigenthums eines Dritten, die nicht von dem Eigenthümer selber ausgeht, auch vor dem Vollendetseyn der Usucapion, im Falle des Vorhandenseyns der bona fides, zu einer exceptio e jure tertii[5]) gestaltet, wodurch der Weg zur Publiciana actio eröffnet ist[6]). Stellt man ferner bei dem Forderungserwerbe den Vertragsschluß, oder das sonstige Factum, als die Substanz des Angeeignetseyns einer zukünftigen fremden Handlung auf; so gestaltet bei einer condictio der Mangel der causa eines Entziehens der Handlung sich als der Sitz des Präjudicirtseyns des Entzogenseyns derselben, was die Folge hat, daß zur Vertheidigung das Behaupten des Daseyns einer verschwiegenen causa sich eignet, welches es bestreitet, wenn auch nicht, daß eine der Vermögensstückgestaltung entsprechende Klage auf eine defendere[7]) statthaft gewesen seyn könnte, doch daß eine nach der Verkehrserwerbsorganisation gestaltete petitorische Action gebraucht werden dürfen[8]).

## §. 5.

Getragen wird diese Entwickelung von der in der Gesammtorganisation des Verkehrs wurzelnden Obliegenheit zum defendere; die, sobald die Klage einen Gegenstand fordert, der durch die

5) Oben §. 3. Not. 6.

6) Das Präjudicat: ejus (actoris) ex jure Quiritium esse oporteret, si (actor) rem emit, ea ei tradita est, et eam anno possedisset: Gaj: I. IV. 36; wird auch gegen den beklagten Eigenthümer anwendbar, wenn er selber Auctor ist, so daß auch der, welcher vom Eigenthümer erworben hat, sich der publicianischen Klage bedienen kann.

7) Zeitschr. f. pract. Rechtsw. IV. S. 89 f.

8) S. Arch. f. civ. Prax. XXXV. S. 96. 103 ff. Die Folge davon ist die, daß der Kläger durch den Beweis der Nichtexistenz der opponirten causa seiner Beweispflicht in Ansehung des Mangels der causa genügen kann.

Gesammtorganisation mit Aneignungsgeeignetheit bekleidet ist, bei dem Inhaber dieses Gegenstandes eine thatsächliche Aeusserung der gegenüberstehenden Klagenberechtigung zur Erscheinung bringt[1]; und diese Klagenberechtigung zum Sitze des Rechts gestaltet[2]. Die Erstreckung der Obliegenheit zum defendere auf solche Klagen die zu Petitionen gestaltet sind[3], führt für den, der als Inhaber eines Stoffes, den der Kläger als den Stoff eines ihm angeeigneten Stückes in Anspruch nimmt, die Nothwendigkeit herbei, zur Vertheidigung des Stoffes als Inhaber des Stückes oder civilis possessor[4] litem zu contestiren, und scheidet so die klagebegründenden Voraussetzungen, deren Behauptung die Nöthigung zu diesem defendere hervorruft, als die Substanz, deren Rechtseyn, nämlich Gewandeltseyn aus Aneignung in Angeeignetseyn, in deren Gebrauche zur Klagenstellung eventuell präjudicirt ist, ab von dem executionspräparatorischen Stoffe, der die Verurtheilung des Beklagten bedingt[5]. Sie befreit dahingegen den Beklagten von der Nothwendigkeit sich mit einer Anschuldigung eines Mißbrauches der Klageberechtigung gegen den Kläger zu vertheidigen[6], so daß, wo jene Stoffinhaberschaft fehlt, das Verneinen der Klagebe-

1) Vermöge der Allgemeinheit der Berechtigung zu besitzen: Arch. f. civ. Prax. XXIV. S. 197. Vgl. ebendas. S. 202. Not. 8. XXVIII. S. 213. Not. 2—4. Daher die rechtliche Ausschließlichkeit des Besitzes und dessen Verdoppelung zum civilen und naturalen: Arch. f. civ. Prax. XXXV. S. 202 ff. 222 ff.

2) S. Arch. f. civ. Prax. XXXV. S. 219. So wird das naturale dominium, das Eigenthum der Gestaltung der Verkehrsgegenstände, die Klageberechtigung des dominium Quiritarium, des Eigenthums der Gestaltung der Vermögensstücke: Arch. f. civ. Praxis XXXV. S. 92 ff. S. 222. XL. S. 65 ff. Roßhirt's Zeitsch a. a. O. S. 74 ff. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. IX. S. 175 ff.

3) Roßhirt's Zeitschr. a. a. O. S. 68 ff. Arch. f. civ. Prax. XXXV. S. 92 ff. 100.

4) Ebendas. u. Arch. f. civ. Prax. XXXV. S. 222. XL. S. 65.

5) Arch. f. civ. Prax. XXXV. S. 189. 202.

6) Wozu die Vertheidigung in der legis actio sich gestaltet: Zeitschr. f. pract. Rechtsw. IV. S. 89 ff., eine Vertheidigung, die der gegen den Gebrauch eines autonomischen Condemnationsfundaments: Arch. f. civ. Prax. XXXIII. S. 409 ff. XXXIV. S. 26 ff. 33 ff., entspricht; aber ihre Anwendbarkeit verliert, wenn dieser Gebrauch in einer Petition eines Gegenstandes besteht.

rechtigung genügt; welches ein Verneinen des Daseyns des mit der Klage geforderten Gegenstandes in sich schließt[7]), und deshalb dem Beklagten nur aufgenöthigt seyn kann durch ein ihm gegenübergestelltes Behaupten solcher Voraussetzungen, in deren Gebrauch zur Klagenstellung das Daseyn jenes Gegenstandes eventuell präjudicirt ist. In diesem Wege sondert sich bei diesen Klagen, den persönlichen oder Forderungsklagen, ebenfalls von dem executionspräparatorischen Stoffe eine Substanz ab, deren Rechtseyn präjudicirt ist[8]). Bei der dinglichen Klage ist der Sitz des präjudicirten Rechtseyns der eine Aneignung in sich tragenden Substanz, in dem Stoffe, den der Beklagte inne hat, bei der persönlichen Klage ist dieser Sitz in der Willkühr des Beklagten[9]). Sofern das Rechtseyn sich in jenem Stoffe zu einem Angeeignetseyn eines Gegenstandes gestaltet, wird der Stoff ein dem Kläger entzogener, der zu restituiren ist[10]). Sofern das Rechtseyn sich in jener Willkühr zu einem Angeeignetseyn eines Gegenstandes gestaltet, wird dieser ein Stück der Thätigkeit des Beklagten oder eine zu leistende Handlung desselben[11]), und sofern jene Substanz ein eventuelles Präjudicirtseyn einer Verurtheilung des Beklagten in sich trägt, ergreift das Angeeignetseyn den Stoff der

7) Arch. f. civ. Prax. XXXV. S. 177. XL. S. 65 ff.

8) Die der proxima actionis causa: m. Erörter. z. v. Linde's Lehrb. d. Proz. S. 407. Not. 16 ff., Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. XI. S. 237 ff.

9) M. Erörter. z. v. Linde's Lehrb. S. 2. Not. 3 ff.

10) Ebendas. S. 417 ff. Die Voraussetzung dafür, der Besitz des Beklagten, wird bei einer rei petitio in die Hauptsache hineingezogen: Roßhirt's Zeitschr. f. Civilr. u. Crim.=R. IV. S. 68 ff., Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. XI. S. 256 f., und eine Substantiirung der Klage führt, auch wenn sie non adjecta causa: ebendas. S. 256 f., m. Identität u. s. w. S. 232 ff. Not. 16. 20. 22, gestellt, im Falle einer Verneinung des Besitzes, zu demselben Ergebnisse. S. Arch. f. civ. Prax. XL. S. 68 f.

11) Ein praestare: Arch. f. civ. Prax. XXXIII. S. 394 ff., Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. IX. S. 129 ff., in der bonae fidei actio: ebend. S. 135 f., Arch. f. civ. Prax. XXXV. S. 178 ff. 193 ff. Es versteht sich, daß die Existenz dieses Gegenstandes eines Angeeignetseyns immer abhängig ist von der Existenz des Forderungsverhältnisses: Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. IX. S. 137. Arch. f. civ. Prax. XXXV. S. 177; vgl. m. Identität u. s. w. S. 175. Ueber die Ausbildung dieses Angeeignetseyns: Arch. f. civ. Prax. XXXV. S. 95 ff.

Handlung als einer geschehenen; aber in verschiedener Weise, jenachdem sie als dem Beklagten oder dem Kläger geschehen aufgefaßt wird. Im erstern Falle ergreift es ihn als einen Schuldstoff, dessen Innehalten den Beklagten zum Erfüllen nöthigt [12]. Im letztern ergreift es ihn als einen Zahlungsstoff, dessen Innehalten den Beklagten zum Restituiren nöthigt [13]. Wenn endlich eine Klage das defendere des Beklagten selber als einen Gegenstand behandelt, dessen Restitution sie fordert [14], so bedarf es einer Substanz, in welcher ein Unterworfenseyn dieses defendere unter die Willkühr des Klägers präjudicirt ist. Die Vermittelung jenes Unterworfenseyns ist die, daß im Falle der Verurtheilung der Gebrauch des Stoffes des defendere auch zum Zwecke des Klagenstellens dem Beklagten, wie durch Execution, entzogen, indem für diesen Fall die Absolution des jetzigen Klägers durch die Verurtheilung präjudicirt, und ein Zustand der Verbietungsbefugniß desselben in Ansehung dieses Gebrauches hergestellt ist. In diesem Falle gestaltet sich eine dingliche Klage zu einer Präjudicialklage [15], sofern das defendere in Ansehung eines

12) Zum facere (bei der incerti condictio): Roßhirt's Zeitschr. f. Civilr. u. Crim.-R. IV. S. 63 ff., Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. R. F. IX. S. 122 ff. 138 ff. 154 ff., einem Stücke Handlung von einer bestimmten Beschaffenheit.

13) Die Ausführung des dare (bei der certi condictio): Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. R. F. IX. S. 122 ff. 154 ff. Arch. f. civ. Prax. XXXIII. S. 407 ff., vgl. m. Identität u. s. w. S. 74 ff. 92 ff., eines bestimmten Handlungsstückes. Welchen Einfluß diese Auffassung auf die Gestaltung der Mora des Schuldners geübt hat, habe ich in einem Aufs. auszuführen gesucht, der sich bereits seit Mai 1855 in den Händen der Redaction d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. befindet.

14) In welchem Falle ihr die Bezeichnung als persecutio: L. 178. §. 2. D. de V. S., vgl. L. 49. L. 34. D. eod. L. 18. D. de pignor. 8. 14, im Gegensatze der Uebung eines jus persequendi in judicio quod sibi debetur: pr. I. de action. 4. 6. L. 51. D. de O. et A. 44. 7, entsprechend erscheint; wenn nicht etwa dieses defendere sich zu einem Defensionszustande gestaltet, der eventuell als ein dem Kläger angeeigneter Defensionszustand präjudicirt ist, wie eine hereditas: oben §. 3. Not. 6, die in Folge davon einem im Besitze stehenden Körper gleich behandelt wird: m. Identität S. 25. Not. 38. S. 425 ff. Not 49.

15) §. 13. J. de action. 4. 6; m. Identität S. 402. Not. *. S. 408; Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. XI. S. 250 ff.

Stoffes gefordert wird [16]); sofern es aber in Ansehung eines Stückes gefordert wird, gestaltet sie sich zu einer Petition eines Defensionszustandes, wie sie sich in der hereditatis petitio findet [17]).

## §. 6.

Insofern jenes präjudicirte Rechtseyn, seinen Sitz in der Willkühr des Beklagten findet, also die Klage eine persönliche oder eine Präjudicialklage ist, verliert indeß die Substanz ihren executionspräparatorischen Character nur insofern, als in ihrem Aufstellen dasjenige Maaß von Thatsachen ausgeprägt ist, welches der Kläger im Falle des Abläugnens zu beweisen hat, um das präjudicirte Rechtseyn zur richterlichen Anerkennung zu bringen [1]). Denn das Rechtseyn fremden Angeeignetseyns in diesem Gebiete, kann nicht, wie das in einem von demselben geschiedenen Körperstoffe, durch die außerprozessualische Sonderaneignungswillkühr und Sonderenteignungswillkühr, sondern nur durch die richterliche Vermittelung verwirklicht werden, ohne den Sonderwillen zu vernichten [2]). Es findet diese Vermittelung ihre Grundlage in

16) Das Umgestalten der Vindication eines Vermögensstückes: oben §. 3. Not. 6; so in der causa liberalis: m. Identität S. 406 ff., durch den assertor: Brisson. v. asserere, in eine Petition, führt von selber zu einer solchen Gestaltung, sobald der Gegenstand der Petition ein Unterlassen ist, und das Umgestalten nicht durch ein Präjudicirtseyn des Rechtsseyns einer Aneignung des Klägers in der fremden Willkühr vermittelt wird, sondern umgekehrt durch ein Präjudicirtseyn einer Willkühr des Klägers; indem dann das Ergebniß des Klagegebrauches für den Kläger kein anderes seyn kann, als daß seine Willkühr für Rechtseyn erklärt wird, so durch das pronunciare ingenuum: L. 5. D. si ingenuus etc. 40. 14. L. 5. C. de ingen. manum. 7. 14.

17) Bei welcher ein Präjudicirtseyn des Rechtseyns einer Aneignung des Klägers in einem von seinem Träger verlassenen Schutzvermögen: oben §. 3. Not. 6; das Unterworfenseyn des defendere desselben unter die Willkühr des Klägers und die Gestaltung der Petition vermittelt.

1) Nämlich als sie thatsächliche Substanz der causa proxima: oben §. 5. Not. 8, ist; die hier, wo der Prozeß sich immer als bloßer Urtheilsprozeß gestaltet, nur innerhalb des Prozesses, sofern das Urtheil durch eine veritatis declaratio vermittelt wird, die Verrichtung einer Substanz trägt: Arch. f. civ. Prax. XXXV. S. 174. 220 ff. XL. S. 67 ff.

2) S. m. Identität u. s. w. S. 92 ff.

der Gestaltung einer Willkühr des Beklagten zu einer entzogenen, die einen Obligationszustand herstellt, der die civile Obligation bildet. Dieser Zustand ist es, der das Angeeignetseyn der Handlung des Beklagten, mit dem die Vollstreckung vermittelnden Klageschutze bekleidet[3]), und zuweilen unmittelbar in das Angeeignetseyn einer Handlung des Beklagten gewandelt ist, in welcher dieses selber zur civilen Obligation sich gestaltet[4]). Im Klagevortrage kann jenes Festgestelltseyn entweder vermittelt seyn durch das Gesuch, oder durch das in einer causa petendi ausgeprägte juridische Factum. Soll es durch das Gesuch vermittelt werden, so muß dasselbe mehr ausdrücken, als die Bezeichnung des angesprochenen Stoffes. Ein Fall dieser Art ist der, wenn es die Gestaltung des Anspruches auf denselben Stoff vervielfältigt, so wenn es die Rückzahlung eines Darlehns anspricht, indem dann der Stoff auch noch als sine causa gegeben geschuldet werden kann, oder bei einer dinglichen Klage Anerkennung des Rechts und Restitution des Stoffes, indem auch letztere noch aus einem andern Grunde forderbar seyn kann; so daß alternativ Darlehnsvertrag und Recht eine präjudicielle Beziehung für das Fordern des Stoffes haben, oder nicht. Die Bezeichnung dieses Stoffes festzustellen, erscheint indeß, wenigstens bei Forderungsklagen, als allein prozeßmäßige Bestimmung des Gesuches; und geht man davon aus, so bleibt zwischen ihm und dem Stücke Thatsächlichkeit, welches das juridische Factum ausprägt, noch in Frage gestellt: die Anwendbarkeit des präjudicirten Rechtseyns desselben auf diesen Stoff, welches sein Daseyn in demselben, oder das Angeeignetseyn desselben an den Träger jenes Rechtseyns, in der Zeiträumlichkeit des Forderns desselben, bedingt. Es löset sich von der Ausprägung jenes Stückes Thatsächlichkeit, die die Erscheinung des Rechtseyns

---

3) Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. IX. S. 116; Arch. f. civ. Prax. XXXV. S. 177. 188 ff. So bei den sog. actiones adjectitiae qualitatis. S. m. Identität u. s. w. S. 136. 264 ff. 459.

4) Wie es in der Umwandelung der passiven Correalobligation sich zeigt: L. 16. C. de fidejuss. 8. 41; Arch. f. civ. Prax. XXIX. S. 380. Not. 19; eine Umwandlung, die die Aneignungsgeeignetheit der in fremdem Vermögen wurzelnden Aneignungsthätigkeit vermittelt.

herstellt, eine innere Seite[5]) des juridischen Factum und des Angeeignetseyns ab, als die Versinnlichung des aus demselben entspringenden Stückes Angeeignetseyn in jenem Stoffe: hänge sie nun ab von inneren Zuständen der Urheber jener Thätigkeit, ihrer Ueberzeugung, Willensbefähigung oder Willensbestimmung[6]), oder von der Zuständlichkeit des in Frage stehenden Angeeignetseyns, welche durch jene Thätigkeit hervorgerufen worden ist (z. B. durch Bedingungen, Zeitbestimmungen)[7]); oder, bei dinglichen Klagen, von der Zuständlichkeit des Stoffes, die aus den Zuständen fremden Angeeignetseyns entspringt (z. B. als Hinderniß der Entstehung von Servituten, Pfandrechten); sofern sie nicht Petitionen von Defensionszuständlichkeiten, die die Stelle des Stoffstückes vertreten, sind, sondern Petitionen eines vom Stücke getrennten Stoffes[8]). Sofern sie solche Petitionen sind, gründen sie sich auf den dadurch vermittelten Zustand des Stoffentzogenseyns, und empfangen ihre Klagbarkeit von dem Verletztseyn der der Stückgestaltung, dem dominium Quiritarium, inwohnenden Defensionszuständlichkeit und der daraus entspringenden Vindicationszuständigkeit des Stoffangeeignetseyns, des dominium naturale[9]). Und sofern die Opposition des Beklagten auf die Behauptung solcher Zustände, die prägnante Negation der Anwendbarkeit jenes Präjudicirtseyns, oder

5) Die qualitative: Arch. f. civ. Prax. XXII. S. 140 ff. XXXV. S. 207 f.

6) Arch. f. c. Prax. XXXV. S. 171.

7) Ebendas. S. 171 ff.

8) Specielle Petitionen im Gegensatze der universellen hereditatis petitio: oben §. 3. Not. 6. §. 5. Not. 16; L. 18. §. 2. L. 19 pr. §. 1—5. D. de hered. pet. 5. 3. L. 3. L. 7. §. 4. L. 30. pr. D. de except. rei jud. 44. 2; m. Identität u. s. w. S. 207. Not. 61. S. 229 f. S. 241. Not. 28. S. 391 f. S. 425 ff. S. 25. Not. 38. S. 124. Not. 13.

9) Oben §. 5. Not. 2. Eine Vindicationszuständigkeit, die die Aneignungsgeeignetheit des Körperstoffes erzeugt, die den körperlichen Gegenstand zum Sitze der Versinnlichung eines jus gestaltet: Arch. f. civ. Prax. XXXV. S. 105 ff. 202 ff. 222. XL. S. 65 ff. Als die passive Correalobligation in ein Angeeignetseyn einer fremden zukünftigen Handlung gewandelt wird: oben Not. 4; da wird auch das dominium Quiritarium für die Vermittelung der Aneignungsgeeignetheit eines Stoffes als überflüssig angesehen, und von Justinian aufgehoben: L. un. C. de nudo jure Quirit. tollendo 7. 35. S. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. IX. S. 173 ff.

jenes Daseyns des Rechtseyns stützt, und dies die Folge hat, daß der Kläger mit einem Beweise anderer Thatsachen, als derjenigen, welche das juridische Factum bemessen hat, belastet wird [10]), so treten diese Thatsachen jener Substanz des Rechts oder der Klage hinzu. Fehlt aber die Aufstellung des juridischen Factum, so kann die Frage, welche thatsächlichen Behauptungen der Stammsubstanz des Rechts oder der Klage, und welche der accessorischen oder zu surrogirenden Substanz angehören, nur aus der Trageweite derselben entnommen werden, die in der Gestaltung des Gesuches sich ausspricht; was voraussetzt, daß in derselben ein Angeeignetseyn ausgedrückt ist, in welchem sich die objective Seite eines juridischen Factum, oder mehrerer, erkennen läßt; wie es sich in den angegebenen Beispielen zeigt.

Diese objective Seite des juridischen Factum der Klage, als leitendes Zeichen der Richtung des Verfahrens und des Umfanges des Streitstoffes festzuhalten, wird insbesondere dann Bedürfniß, wenn dieser Stoff nicht in geformten Prozeßmitteln, nicht in einer mit Geschichtserzählung versehenen Klage, in Einreden und Gegeneinreden, vorgebracht wird. Dieser Fall wird auch im mündlichen Verfahren in Ansehung der Klage zwar selten eintreten [11]), in Ansehung der Einreden und Gegeneinreden aber regelmäßig. Der Vortrag der Gegeneinreden, oder der Repliken, ist dann der Punkt, wo zunächst die Frage nach der Zulässigkeit der Klagenänderung hervortritt. An sich muß nun zwar der mündliche Vortrag in gleicher Weise, wie der schriftliche, als unabänderlich betrachtet werden. Ist aber das Verfahren ein gemischtes, findet nämlich eine Vorbereitung des mündlichen Verfahrens durch schriftliche Einreichung und Mittheilung von Klage- und Einredenvortrag

---

10) Arch. f. civ. Prax. XXXV. S. 92 ff. 103 ff.; in Folge von Conclusion: ebendas. S. 205. 213; Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. XII. S. 129.

11) Doch findet es sich in der Gestalt, daß das Factische der Grundlage des Anspruchs sich nur in Zeichen seiner Individualität ausprägt, so in einem ausführlichen Betreff: z. B. wegen 100 für am 1. Mai 1850 gekaufte und empfangene 10 Säcke Caffe; den sog. Causales der Vorladungen des Hamburgischen Handelsgerichts, die in der Regel die Stelle des schriftlichen Klagevortrages vertreten.

Statt, so daß der mündliche Vortrag erst gehalten wird, nachdem die Einreden auf der klägerischen Seite bekannt geworden sind, so kann die Frage nach der Zulässigkeit der Abänderung eine besondere Gestaltung annehmen. Einestheils ist es da, wo man dieses Verfahren schon seit langer Zeit geübt hat, kein seltener Fall, daß der Mangel einer genügenden Protocollführung das Bedürfniß hervorruft, in der Klageschrift die Repliken zu anticipiren, um es bleibend erkennbar zu machen, was vorgetragen ist [12]. In der Schrift bewahrt der Richter einen zu interpretirenden Vortrag, bei mündlicher Verhandlung, die nicht zu Protocoll dictirt wird, den Eindruck eines interpretirten Vortrages. Das mündliche Verfahren erfordert daher mehr Sorgfalt in Ansehung der Vermittlung der richterlichen Auffassung, als das schriftliche. Allein es versteht bei jener Behandlung sich von selber, daß alle Anticipationen solcher Art bis zum mündlichen Replikvortrage abänderlich bleiben [13]. In Ansehung desjenigen aber, was jener objectiven Seite des juridischen Factum der Klage angehört, muß der Sinn des Klagevortrages eben so unabänderlich seyn, wie im schriftlichen Verfahren, auch wenn die Einreden eine Abänderung erheischen sollten [14]. Denn sollen jene Schriftsätze zur Vorbereitung dienen, so kann, wenn diese Vorbereitung nicht etwa auf den Richter beschränkt ist, dem Beklagten nicht zugemuthet werden, über einen andern Sinn des Klagevortrages sich zu erklären, als über den, der ihm bis zur Abfassung seiner Einredeschrift erkennbar gemacht worden ist. Wohl aber kann ihm zugemuthet werden denselben Sinn in einer andern Wortfassung entgegenzunehmen. Denn sind zwei verschiedene Mittheilungen verstattet, so ist damit auch der Gebrauch verschiedener Mittheilungsgestaltungen zugestanden.

---

12) So bei höheren Gerichten in Holstein, wo diese Vorträge, da die Zahl der Exemplare durch die Zahl der Gerichtsmitglieder vergrößert wird, zuweilen gedruckt werden, und mehrere Druckbogen füllen.

13) Vgl. Bayer a. a. O. §. 5.

14) Daß Abänderungen, welche die Abhülfe anderer prozessualischer Einreden, als der der Unbegründetheit der Klagen, betreffen, nicht ausgeschlossen sind, versteht sich von selber.

## §. 7.

Hat also z. B. der Kläger in der Klage gesagt: er habe dem Beklagten 100 gezahlt, und sey mit ihm darüber einig geworden[1]), daß dieser ihm eine hypothekarische Schuldverschreibung darüber ausstelle; er fordere daher diese Ausstellung oder die 100 zurück; hat der Beklagte erwidert: er wisse[2]) von einer solchen Vereinigung nichts, sondern habe vielmehr die 100 ohne Vereinbarung, also als eine Gabe bekommen, deren Rückerstattung in sein Belieben verstellt; so wird der Kläger zulässigerweise in seinem mündlichen Klagevortrage die zwischen ihm und dem Beklagten gewechselten Aeusserungen aufstellen, auf welche er die Vereinigung, die er behauptet, zu begründen gemeint ist. Er wird aber auch, da bloßes Fallenlassen keine Klagenänderung ist, erklären können: es komme auf die Vereinigung nicht an, da der Beklagte nach dem Grundsatze, quod sine die debetur statim debetur, das was er sine causa inne habe jetzt zurückzuzahlen schuldig sey, und nach seinem (alternativen) Gesuche, er sich im Falle der Verweigerung der Ausstellung der Schuldverschreibung mit der Rückzahlung des Geldes zufrieden erklärt habe. Als eine bloße Erläuterung aufgefaßt, würde er diese Erklärungen auch im schriftlichen Verfahren in der Replik noch nachzubringen befugt gewesen seyn. Allein einestheils enthält jene Antwort des Beklagten thatsächlich Neues nicht. Der Richter könnte ohne Replik zu fordern, den Beweis der Vereinbarung auferlegen. Und wenn dieser Beweis auf eine bestimmte Verabredung gerichtet, aber nicht geführt worden, würde da nicht der Richter Bedenken tragen, den Beklagten zur Rückerstattung der 100 zu verurtheilen, weil

---

1) Wäre eine individuelle Klage, so die Darlehnsklage, angestellt, würde diese Fassung zu allgemein, und es zur Substantiirung des Darleihens erforderlich seyn, die Handlung des Beklagten zu nennen, durch welche er sich zur Wiedererstattung obligirt. Da es sich aber nur um Anstellung einer Klage: ob. §. 2, handelt, so genügt jene Ausdrucksweise. Beispiel des Gebrauches einer solchen bei Sartorius: ges. Rechtsfälle S. 103.

2) So, ohne ausgedrücktes Negiren, darf der Beklagte antworten. Denn die Klage drückt keine eigne Handlung aus: oben Not. 1, sondern nur ein thatsächliches Resultat, zu dessen Ursache er mitgewirkt haben soll.

er sie sine causa empfangen?[3]) Denn der Inhalt des Klagevortrags ließ es zwar ahnden, machte es aber nicht erkennbar, daß eine condictio sine causa in der Absicht des Klägers liege. In der Anstellung einer Klage, war die Anstellung dieser individuellen Klage noch gar nicht zur prozessualischen Ausführung gekommen, da ihr Inhalt zu einer eventuellen Beweisauflage über ein Innehaben sine causa überall keinen Stoff darbot[4]). Es könnte sonach dem Beklagten nicht als eine prozessualische Unthätigkeit angerechnet werden, wenn er sich nicht durch eine ihm etwa zu Gebote stehende sog. verneinende Einrede der datio ob causam, z. B. der Schenkung[5]), vertheidigt. Anderntheils aber würde die Sache eben so stehen, wenn replicirt, und der Beklagte wegen Ungehorsams mit der Duplik präcludirt worden. Man kann nämlich durch Präclusion mit der Duplik dem Bekagten keine Einreden, und am wenigsten solche, die zur Beantwortung der Klage gehören[6]), abschneiden; es ihm nicht zumuthen, daß er noch einmal kommen soll, um dasjenige vorzubringen, zu dessen Benutzung man ihm nicht zur rechten Zeit Veranlassung gegeben hatte. Denn wenn er im Vertrauen darauf, daß der Kläger die Vereinbarung nicht zu erweisen im Stande seyn werde, es unterließ, die Einrede der Schenkung entgegenzusetzen, so versäumte er

---

3) Er würde, ohne Verkürzung der prozessualischen Befugnisse des Beklagten, nur die Klage, jetzt, nachdem er Beweis auferlegt, abweisen können. Und er würde, wenn dem Kläger nicht durch seine, nach gebräuchlicher Verfahrensweise zulässige Klagenstellung; ein Verlust zugefügt werden sollte, noch jetzt, nachdem durch unbedingte Einlassung die prozessualischen Voraussetzungen einer definitiven Verurtheilung oder Freisprechung eingetreten sind, angebrachtermaßen abweisen müssen, da definitive Freisprechung den Gebrauch der condictio sine causa ausschließen würde (vgl. L. 5. D. de except. rei jud. 44. 2).

4) Beschwerde hatte aber der Kläger über das Vorenthalten der 100 geführt; er hatte in dem Sinne geklagt, den Windscheid: oben §. 1. Not. 11, in der heutigen Klage findet.

5) Gegen die Darlehnsklage würde das Berufen auf Schenkung eine wahre Einrede seyn, gegen die condictio sine causa aber ist sie Grundlage einer Verneinung des Anspruches, sog. prägnante Negation: s. m. Aufs. im Arch. f. civ. Prax. XXXV. S. 159 ff., oben §. 4. Not. 8.

6) M. Erörter. zu v. Linde's Lehrb. d. Proz. S. 451. Not. 29 ff.

damit keine Veranlassung dazu, sie als Grund des Läugnens des Anspruches einer condictio sine causa, die nicht erkennbar war, entgegenzusetzen. Ganz anders stellt sich aber die Sache, wenn die fragliche Erläuterung in der mündlichen Klage erfolgt, wo auch der Beklagte, nach Maaßgabe der Erläuterung, seine Antwort auf die Thatsachen abändern kann. Wenn der Beklagte in der Voraussetzung, daß es auf die Vereinigung ankommen werde, den Empfang der 100 zugestanden hat, so kann dieses Zugeständniß ihn nicht mehr binden, wenn diese Voraussetzung nicht mehr vorhanden ist. Der Prozeß ist kein Beichtstuhl für die Partheien, sondern ein Geschäft, welches ihnen zum Mittel dienen soll, ihre Rechte zu wahren, und das Läugnen ein Mittel einen Beweis zu fordern. Die Beantwortungen gehen nicht auf das, was geschehen ist, sondern sie gehen auf das, was behauptet ist, in der prozessualischen Bedeutung wie es behauptet ist. Und dieselbe Willkühr, welche der Behauptende in Ansehung der Gestaltung seines Angriffes hat, muß auch dem Beantwortenden in Ansehung der Gestaltung seiner Vertheidigung bleiben [7]), und darf ihm nicht dadurch entzogen werden, daß die Gestaltung derselben, die er dem einen Angriffe gegenüber gestellt hat, auf einen andern Angriff bezogen wird. Im romanistischen Prozesse besteht der Streitstoff in den Behauptungen, und nicht in dem Geschehenseyn ihres Inhalts, das nur als Mittel der Erzeugung des Beweises fungirt [8]) Die Behauptung des Gebens von 100 gegen Schuldverschreibungs- und Hypothekversprechen, ist eine andere, als die des Gebens von 100 sine causa. Indem der Anspruch auf die Erfüllung dieses Versprechens aufgegeben wird, tritt an die Stelle der Behauptung dieses Versprechens, die Behauptung des Gebens von 100, aus der Verrichtung einer Prä=

7) Der Uebung seiner Defensionsbefugniß, im Gegensatze der Defensionsnothwendigkeit: Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. IX. S. 120. 123.

8) Es hat den Einfluß, daß die Möglichkeit einer Wahrnehmung vermittelt worden ist, deren Mittheilung an den Richter ihn von der Wahrheit der Behauptungen überzeugen kann. Identificirt man die Thatsache mit der Behauptung derselben, so verliert man den Unterschied zwischen Beweis und Evidenz: m. Auff. im Gerichtssaal VII. S. 84 ff. 174 ff.

misse des Zustandes des Gegebenseyns [9]), in die Verrichtung einer Substanz der Klage auf 100. Das Aufgeben bewirkt also eine Vertauschung der Substanzen. — Wäre aber der Termin zur Einredebehandlung verflossen, so würde die Prozeßlage die Abänderung ausschließen. Nun tritt zwar hervor, daß jene Erläuterung in der That doch den rechtlichen Standpunkt des Streits verändert hat. Eine solche Veränderung kann aber an und für sich selber betrachtet, nicht mehr unzuläßige Klagenänderung seyn, wenn zum Klagenstellen der Ausdruck des juridischen Factum nicht erforderlich ist. Die Folge des Mangels dieses Ausdruckes ist die: daß Veränderungen des juridischen Sinnes ohne Aenderung des natürlichen oder rein thatsächlichen Sinnes, zuläßig sind, sofern dem Beklagten noch eine Abänderung seiner Beantwortung der im Kreise dieser Veränderung liegenden thatsächlichen Behauptungen des Klägers gestattet ist. Erläuterungen der Klagefassung, die diese vertauschende Wirkung haben, sind daher bei Wiederholung der Klage statthaft, nicht aber in der Replik, weil, hier geschehen, eine neue Einlassung erforderlich werden würde. Im Falle ihrer Zuläßigkeit muß aber dem Beklagten, der in Folge davon seine erste Einlassung oder Einredenbenutzung abändern zu wollen erklärt, auf Verlangen eine solche Frist dazu gestattet werden, wie die Prozeßvorschrift dem Kläger sie zur seinseitigen Aenderung offen gelassen. Möglichkeit solcher Veränderungen, nach einer Einlassung des Beklagten ist also ein Umstand, der jenes gemischte Verfahren von dem rein schriftlichen unterscheidet.

## §. 8.

Es könnte nun scheinen, als ob es unrichtig sey: daß Aenderung des juridischen Factum, oder der causa petendi [1]), und bloßes Fallenlassen thatsächlicher Behauptungen, keine (unzuläßige)

---

9) Der künstliche Beweis durch Prämissen ist eine Umgestaltung der Evidenz in Beweis. Indem die Prämissen bewiesen werden, wird der Zustand dem Richter (durch die Schlußfolgerung) wahrnehmbar: m. Auff. im Gerichtssaal VII. S. 84 ff. 174 ff., und ruft eigne Ueberzeugung desselben hervor, während er bei Beurtheilung des rechtlichen Angeeignetseyns fremde Ueberzeugung prüft: oben §. 3 bei Not. 2. 4. §. 4 nach Not. 3.

1) Daß diese Aenderung unzuläßig, scheint anzunehmen: Gönner: Handb. Abh. 20. §. 50. Nr. 3. 4. 6.

Klageänderung sey. Man könnte bei der Betrachtung des aufgestellten Beispiels zu der Ansicht sich neigen: Fallenlassen thatsächlicher Behauptungen sey eine Klagenänderung, wenn durch dasselbe das juridische Factum verändert werde, und Aenderung des juridischen Factum sey dann eine Klagenänderung, wenn sie durch ein solches Fallenlassen oder eine Erläuterung thatsächlicher Behauptungen vermittelt werde. Allein der Umstand, daß in jenem Beispiele die Erläuterung, beziehungsweise die speciellere Richtung der Beweisführung, oder das Fallenlassen, das eine der juridischen Facta, die in dem Klagevortrage gefunden werden konnten, schärfer hervorhob, war die Folge davon, daß eine Sonderung der für zwei verschiedene Ansprüche in einer und derselben Geschichtserzählung vereinigten thatsächlichen Behauptungen dadurch vermittelt wurde. Das Geben der 100 gegen ein Versprechen, und das nackte Geben ohne Rechtsgrund, traten dadurch als Gegensätze hervor. Wäre für jeden Anspruch eine besondere Geschichtserzählung aufgestellt worden, so würden Erläutern und Fallenlassen einen solchen Einfluß nicht geübt haben. Man verlangt nun zwar mehrere Geschichtserzählungen dann, wenn sowohl die reinen Thatsachen als auch die Rechtsverhältnisse, auf welche die mehreren Ansprüche gegründet werden, verschieden sind [2]). Allein es tritt in jenem Beispiele hervor, daß eine Verschiedenheit derselben (reinen) Thatsachen dadurch herbeigeführt werden kann, daß sie verschiedene juridische Facta begründen. In diesem Falle gestattet man vereinte Geschichtserzählung [3]). Nachdem man mit dem Beseitigen des juridischen Factum das Steuer des Prozesses verloren, verliert man mit der Vereinigung der Geschichtserzählungen auch noch den Compoß. Schließt man Erläutern und Fallenlassen aus, wo es das juridische Factum ändert, und, weil es nicht ausgedrückt ist, seinen Sitz allein in der Interpretation hat, so ist der Prozeß so lange dem Spiele des Windes preisgegeben, als noch die richterliche Interpretation nicht festgestellt ist [4]). Jede wörtliche Darstellung, die nicht als Zeichengestaltung

---

2) Gensler: Anleitung z. jurist. Praxis II. §. 73. S. 7.

3) Ebendaselbst.

4) Irrthum in Ansehung des künftigen Resultats dieser Interpretation,

behandelt wird, geht erst durch Interpretation in eine Mittheilung über, und so lange die Feststellung der richterlichen Interpretation nicht erfolgt ist, befindet sich die mittheilende Thätigkeit der Parthei noch in einer Bewegung, die ihrem Einwirken offen bleiben muß, wenn ihre Thätigkeit die Eigenschaft der Mittheilung in Ansehung des Maaßes nicht verlieren soll, welches die Gränze der Aneignungsthätigkeit zieht, deren Versinnlichung, oder deren durch Präjudicirtseyn vermittelte Verwirklichung im Stoffe, das Aneignen des Angesprochenen bedingen soll[5]). Und zum Zwecke dieses Einwirkens wird ein Fallenlassen erforderlich, sobald der Stoff der Interpretation dieses Maaß über das Bedürfniß der Aneignungswirkung hinaus erweitern kann, und es wird zulässig, sofern die rechtliche Tragweite dieser Aneignungswirkung dadurch nicht verändert wird.

## §. 9.

Hat der Kläger die thatsächliche Substanz eines Kaufs und einer Tradition, in den Worten: er habe vom Beklagten gekauft und den Besitz erlangt; aufgestellt, aber nur Erfüllung des Kaufes gefordert, so kann er die Substanz der Tradition fallen lassen. Er kann dies auch dann thun, wenn er Anerkennung des Eigenthums und auf deren Grund Restitution gefordert hat, und sein Gesuch unverändert läßt; weil er damit die Aneignungswirkung, um die es sich handelt, selber vernichtet, also nur aufgibt. Er kann es aber im letztern Falle dann nicht thun, wenn er die Anerkennung des Eigenthums fallen und bloß den Restitutionsanspruch bestehen läßt, indem er die Behauptung: er habe vom Beklagten[1]) den Besitz erlangt; dahin erläutert: er sey ohne Ueber-

---

ist kein Rechtsirrthum, dessen Folgen eine Parthei zu tragen hätte. Jus (das Maaß der erforderlichen Aneignungsthätigkeit) certum et finitum est; facti autem interpretatio prudentissimos saepe fallit. Jedenfalls würde ein solcher Irrthum den Restitutionseid rechtfertigen.

5) Des jus: oben Not. 4. §. 3 bei Not. 2. §. 4 nach Not. 3.

1) Von dem er gekauft. Die Behauptung hat dieselbe Beschaffenheit, wie die oben §. 7 Not. 1. Allerdings hätte der Kläger dann, wenn man den Wortausdruck als Zeichen behandelte: oben §. 2; auch hier eine zu allgemeine Klage angestellt. Allein sobald die Interpretation nach der Absicht

gabe des Beklagten in den Besitz gekommen, den dieser bis dahin gehabt; womit er die Substanz einer adjicirten replica rei venditae et traditae gewinnen würde. Denn es tritt dann die Behauptung der Besitzerlangung aus der Verrichtung einer Prämisse für den Zustand des Erfülltseyns der Traditionsverbindlichkeit, in die Verrichtung einer Substanz der Klage auf Restitution der res vendita. Das Berufen des Beklagten auf sein Eigenthum, welches er der Eigenthumsklage gegenüber im Vertrauen darauf, daß der Kläger das seinseitige Eigenthym nicht werde erweisen können, für überflüssig halten konnte, tritt nun in die Verrichtung eines Grundes des Längnens des Anspruches auf Restitution. Und dennoch ist hier die Substanz an sich nur erläutert, und vom Gesuche an sich nur ein Stück aufgegeben. Hält man es aber fest, daß die Substanz nicht das Geschehenseyn der Erlangung des vom Beklagten zu entfernenden Besitzes, sondern die zu interpretirende Behauptung derselben ist, und diese hier die objective und die subjective Seite: Uebergangenseyn und Uebertragen, in einander gezogen, also der Interpretation eine alternative Auffassung eröffnet hat, sofern das Gesuch eine entsprechende Alternative enthält; und daß diese in jenem Gesuche enthalten ist, jenachdem der Anerkennung des Eigenthums ihre präjudicielle Beziehung zur Restitution entzogen wird oder nicht; so liegt etwas anderes darin. Es entsteht eine solche präjudicielle Beziehung eines Stückes des Gesuches, wenn dasselbe zur Legitimation seiner causa petendi eines Elements bedarf, welches in Ansehung eines andern Stückes des Gesuches durch die Verbindung beider nur die Verrichtung eines executionspräparatorischen [2]) trägt. Es ist dieses Beispiel prozessualisch dem zuvor genannten gleich, in dem das Geben von 100 und Vereinbaren über das Ausstellen einer hypothekarischen Schuldverschreibung in derselben Geschichtserzählung vereint, durch das alternative Gesuch die Behauptung des Gebens von 100 auf den Fall, daß dem Vereinbaren

---

angewendet wird, so stellt sich durch das Gesuch auf Anerkennung des Eigenthums in den Worten: vom Beklagten erkauft und den Besitz erlangt, die Absicht eine Tradition zu behaupten heraus.

2) Oben §. 5. Not. 5.

die präjudicielle Beziehung auf den Anspruch von 100 entzogen, eine zweifache wurde. Für einen solchen Fall kann die Unabhängigkeit des Unterschiedes der Abänderung und der Erläuterung von der Gestaltung des juridischen Factum nicht aufrecht erhalten werden [3]. Eigentliche Einreden [4]) werden dem Beklagten durch Zulassung einer Erläuterung zwar nicht ohne sein Verschulden abgeschnitten, da kein objectiv neuer Anspruch gestaltet ist. Aber er verliert zur Einlassung zu zählende prägnante Negationen oder verneinende Einreden, wenn er nicht durch eine Ahndung der spätern Wendung sich bewegen lassen, sie vorzubringen, so z. B. das Berufen auf Schenkung oder Eigenthum zur Begründung des Läugnens des Anspruches auf Rückerstattung der empfangenen 100, oder des in seinen Besitz gelangten körperlichen Gegenstandes. Es ergibt sich hieraus folgendes: wenn das Gesuch so gefaßt ist, daß durch eine nicht opponirte [5]) prägnante Negation, mehrere alternative der rechtlichen Grundlage nach verschie-

---

3) Die Erläuterung ist eine qualificirte. Sie führt zu einer sog. Antistrephusa: s. Heffter: Institut. d. Civilproz. S. 335. Not. 72. Die Wurzel der durch die Erläuterung hervortretenden Richtung liegt aber schon in der Fassung der Klage.

4) Oben §. 4. Not. 3.

5) Denn hat dieser nicht unterlassen, sie aufzustellen, so hat er selber, in Folge eigner Interpretation, die Klage erläutert, und kann die Erläuterung des Klägers nicht mehr als eine Aenderung zum Verdrängen desselben von der Klage benutzen. Nicht an sich, nur in der durch die Umstände veranlaßten Wirkung, ist die Erklärung eine Aenderung. Sie darf daher nicht mit der absoluten Aenderung identificirt werden. Würde der Kläger in Folge der Verwerfung einer absoluten Aenderung die Klage aufgeben, so würde er aus derselben causa nicht wieder klagen können: L. 4. C. de pact. 2. 3; also bei der heutigen Klagenstellung ohne Festsetzung einer causa, denselben Anspruch überall nicht mehr geltend machen können. Das Aufgeben des mit präjudicieller Beziehung bekleideten Stückes des Gesuches, kann aber nicht als ein Aufgeben des andern Theils betrachtet werden, und die desfallsige Klage muß daher dem Kläger frei bleiben. Daß außer der Identität des Rechtsverhältnisses auch noch besondere Rechte, welche der Beklagte durch die bisherigen Streitverhandlungen erworben, der Anstellung einer andern Klage entgegenstehen könnten: Bayer a. a. O. §. 26; erscheint als eine Annahme, die dadurch veranlaßt worden, daß der Mangel der Feststellung des juridischen Factum, den Umfang der Wirkung der res judicata schwankend macht. Oben §. 1. Not. 17 ff.

dene Ansprüche in demselben hervortreten können, von denen der eine sich auf eine Zuständlichkeit stützt, deren thatsächliche Seite für den andern in die Verrichtung einer Substanz treten kann, so ist ein Erläutern eines beiden gemeinsamen Stückes der Geschichtserzählung, und ebenfalls ein Fallenlassen eines der Ansprüche, welches jene Verrichtung vermittelt, eine Klagenänderung. Es ist eine solche ändernde Erläuterung der Gegensatz einer erläuternden Aenderung, die darin besteht, daß unbeschadet der Identität der substantiellen Behauptung an die Stelle eines andern Umstandes von präjudicieller Verrichtung ein anderer Umstand von gleicher Verrichtung gesetzt wird, was zulässiger Weise dann geschieht, wenn in Folge des Vorschützens einer sog. verneinenden Einrede, deren Beseitigung dadurch vermittelt wird. Ein Fall dieser Art ist der, wenn einer Forderung die Hinzufügung einer Suspensiv-Bedingung entgegengesetzt und in der Replik deren Eingetretenseyn behauptet wird [6]. Hier sind der Zustand der ursprünglichen Unbedingtheit, der durch die Verschweigung der Bedingtheit ausgedrückt war, und der Zustand der später eingetretenen Unbedingtheit in Ansehung derselben präjudiciellen Verrichtung Aequipollentien. Die Vertauschung derselben mit einander ist daher nur erläuternde Aenderung.

## §. 10.

Jene Verrichtung des Sachgesuchs liegt nicht in seiner Eigenschaft als Gesuch, sondern in dem Mangel des Wortausdruckes des juridischen Factum. Und dieser Mangel ist nicht die Folge einer organischen Gestaltung des Prozesses, sondern die geschichtliche Folge der Beschaffenheit seiner Träger, das Product der Zuständlichkeit in welcher der Prozeß sich bewegt. Sie kann daher auch dem Gesuche eine andere prozessualische Natur nicht

6) Arch. f. civ. Prax. XXXV. S. 172 ff. Daß der Beklagte, wenn er, statt sich auf die Bedingtheit zu berufen, schlechthin verneint hätte, die Bedingtheit noch als Grundlage eines directen Gegenbeweises benutzen könne, ist, sammt dem was daraus gefolgert wird: Wetzell: System d. ordentl. Civilproz. §. 19. S. 109; wegen J. R. A. §. 37; unrichtig, und jedenfalls für den Fall verfehlt, wo eine specielle Beweisauflage ergangen.

mittheilen, und es kann jene Verrichtung immer nur in so weit übernehmen, als sie mit dieser Natur vereinbarlich ist. Es kann demnach der Umstand, daß diese Verrichtung eine Zeichengestaltung erheischt, es nicht rechtfertigen als eine solche das Gesuch zu behandeln und allein die wörtliche Auslegung auf dasselbe anzuwenden. Und es kann in seiner Verrichtung als Ausdruck des juridischen Factum nicht als Zeichengestaltung behandelt werden, weil es eine solche auszuprägen nicht bestimmt ist, und sie als solche nicht darstellt. Es darf die Wortfassung des Gesuches also nur als Merkmal des rechtlichen Sinnes der Klage behandelt werden [1]), der die Gränze des Streitstoffes zieht. Dieser Sinn bleibt aber, insofern als die rechtliche Wirkung, um welche es sich handelt, in der rechtlichen Gesammtorganisation wurzelt, das juridische Factum. Der Grund davon ist der, daß diese Organisation diejenige Rechtszuständlichkeit ist, welche den Uebergang der thätigen Aneignung eines Stoffes in ein ruhendes Angeeignetseyn eines Gegenstandes durch das Herstellen der Aneignungsempfänglichkeit des Stoffes vermittelt und ihm die rechtliche Ausschließlichkeit des Rechtsverhältnisses verleiht [2]). Diese vorausgestaltete rechtliche Möglichkeit bedarf einer Verbindung mit der thatsächlichen Wirklichkeit, durch ein Mittelglied, welches der Thatsächlichkeit angehört aber eine rechtliche Seite trägt, die es mit jener Möglichkeit verknüpft, und sie in die thatsächliche Verwirklichung hereinzieht. Die so vermittelte Verwirklichung, als das Angeeignetseyn eines Stückes aufgefaßt, bildet das Vermögensstück, in dem die civilistische oder rechtliche Ausschließung des Widerstreitenden ruht, die in der Bewegung mit dem Stoffe des Stückes, der Kraftseite des ruhenden Stückzeichens die die Geeignetheit für Zwecke trägt, sich in der Berechtigung zur Klage äußert [3]). Jenes Mittelglied, das seine Tragweite für jene Verwirklichung durch eine Versinnlichung oder im Prozesse durch ein Präjudicirtseyn derselben [4]) empfängt, das vendere und emere,

1) Oben §. 2.
2) Arch. f. civ. Praxis XXXV. S. 101 ff.
3) Oben §. 5. Not. 2.
4) Oben §. 3. Not. 2 ff. §. 4 ff.

das tradere u. s. w., ist eben jenes juridische Factum und in der Klage der Klagegrund [5]). Es ist der Factor des Rechtsverhältnisses, der dasselbe aus der gesellschaftszuständlichen Bewegung der Verkehrsgenossen heraushebt, und es als eine Wirkung hinstellt, die von dieser Bewegung unabhängig ist. Sofern es aber dadurch wirksam wird, daß seine Wirkung ein Daseyn in jener Bewegung erlangt, wirkt es nicht an sich, sondern der Zustand seines Daseyns wirkt vermittelst seines Stoffes, und der Beschaffenheit die dieser von jenem Daseyn empfängt. Diese Wirkung liegt nicht im Gebiete der rechtlichen Gesammtorganisation, die aus einheitlichem Gesammtwillen hervorgeht, sondern in dem Gebiete der durch das Nebeneinanderwirken der Träger von Sonderwillen sich gestaltenden Gesellschaftszuständlichkeit; ein Gebiet, das durch die Gesammtorganisation nicht untergeht, sondern nur durch ihre Einwirkung geregelt wird. In diesem Gebiete der Zuständlichkeiten gibt es in so weit, als es nicht von jener Einwirkung die civilistische Gestaltung empfängt, die an die Stelle der Sonderzustände Rechtsverhältnisse setzt, kein ruhendes Angeeignetseyn von rechtlicher Ausschließlichkeit, keine Einseitigkeit des Prozeßverhältnisses und keinen rationellen Beweis. Es gibt daher auch keine Substanzen eines ruhenden Angeeignetseyns, sondern nur Zustände die durch ihr Daseyn in der Bewegung thatsächliche Ausschließlichkeit durch das Verdrängen oppositioneller Zustände in sich tragen. In ihrem Uebergange in prozessualische Behauptungen streifen sie diese Eigenschaft erst ab, wenn ihre thatsächlichen Bestandtheile sich in Substanzen einseitiger Prozeßverhältnisse wandeln [6]). Und weil ihr Gebrauch von der Beschaffenheit der Oppositionen abhängt, so können sie in der Klage nicht unabänderlich festgestellt seyn, sondern erst in der Beweisregulirung festgestellt worden [7]). Hat man nun Steuer und Compaß des juridischen Factum oder des Klagegrundes und der Trennung der Geschichtserzählungen über Bord geworfen, so muß man sich nach den Gestirnen des Sachgesuches richten, um die Sub-

5) Oben §. 1. Not. 9. 15. 16.
6) Arch. f. civ. Praxis XXXV. S. 219 ff.
7) Ebendas. XXXV. S. 103 ff. XL. S. 73 ff.

stanzen von den Prämissen zu unterscheiden, oder man muß auch die Geschichtserzählung über Bord werfen, und ihren Stoff in die Beweisantretung verweisen. Ob man aber dies oder jenes will, oder ob man noch das juridische Factum als leitend im Sinne behalten will, das weiß man in der That gar nicht. Man weiß es nicht, weil man es nicht wissen kann. Und man kann es nicht wissen, weil man jene Verschiedenheiten nicht unterscheidet.

## §. 11.

Die Antwort auf die Frage: welcher Theil des Klagevortrags wird durch die Einlassung auf die Klage unabänderlich? kann in folgender Weise ausgedrückt werden. Es ist das Sachgesuch und die Substanz seines Inhalts die das juridische Factum verwirklicht hat, durch welches dieser Inhalt zur absoluten rechtlichen Wirkung des ruhenden Angeeignetseyns erhoben seyn soll. Sie ist aber ohne jene Unterscheidungen nicht zu gebrauchen. Eine andere Form ist diese: es gehört dahin das Sachgesuch und alles relevante Thatsächliche, was nicht in Folge einer prägnanten Negation einer andern Thatsache, als derjenigen die in der Klage ausdrücklich oder stillschweigend enthalten ist oder erscheint (z. B. Abschluß eines Geschäfts ohne Bedingung), bedürfen kann, um die Begründung des Sachgesuches aufrecht zu erhalten. Dann muß man aber wieder die prägnante Negation von der eigentlichen Einrede unterscheiden, und damit will es ebenfalls nicht gehen [1]. Versteht man aber unter der prägnanten Negation das Läugnen der rechtlichen Wirkung, oder, wenn man lieber will, ihrer Perfection, oder des ruhenden Angeeignetseyns, welches der Begründung dieses Angeeignetseyns gegenüber der Behauptung irgend eines Thatsächlichen bedarf; so stellt sich neben dem Sachgesuche als unabänderlicher Klagestoff heraus dasjenige Thatsächliche, welches, wenn es dem Einflusse der Zuständlichkeiten entzogen gewesen wäre, das Angeeignetseyn vermittelt haben würde.

---

1) Die Verschiedenheit der Ansichten über das sog. qualificirte Geständniß zeigt das, und es tritt nicht weniger der Einfluß davon auf die Auffassung der Klagebegründung und deren Verhältniß zur Einredeaufstellung hervor. S. m. Erörter. zu v. Linde's Lehrb. d. Proz. S. 440 ff.

Dann bedarf es wieder der Unterscheidung zwischen Rechtsverhältnissen und Zuständen, mit der es ebenfalls nicht gehen will [2]. Man kann endlich auch sich der Form bedienen: es gehört dahin, neben dem Sachgesuche, alles relevante Thatsächliche was durch ein Aequipollens nicht ersetzt werden kann. Und vielleicht befreundet man mit dieser Form sich am ersten [3]. Denn wenn man auch ohne den Gebrauch irgend einer der vorgenannten Unterscheidungen, nie beurtheilen kann, was das ist, oder nicht ist, so wird doch die Zuversicht herrschen, daß man das, was so ersetzt werden könne oder nicht, nach dem Eindrucke des einzelnen Falles schon fühlen werde.

## §. 12.

Die Umstände, welche durch Aequipollention ersetzt werden können, scheinen im kürzesten Wege durch die nachfolgende Auffassung näherer Bestimmung zugänglich zu werden.

Jede Klage, welche etwas anderes fordert, als ein defendere, trägt die Negation des Daseyns eines Vermögens des Beklagten [1] in einem Stoffe in sich, welche durch ein Präjudi-

---

2) Wenn man auch einzelnen Ausbrüchen des Unmuths über solche Unterscheidung kein Gewicht beilegen kann, so stellt sich doch heraus, daß man von Rechtsverhältnissen und Zuständen redet, ohne darin eine Verschiedenheit von Bedeutung hervortreten zu lassen.

3) In Beziehung auf den Beweis finden sie sich genannt bei Bülow und Hagemann: pract. Erörter. VII. S. 191 ff., wo das Substituiren indeß in den Prämissen selber sich findet. Indem aber Zustände, wenn auch nicht zum Beweise des Wahrgenommenseyns von Thatsachen, doch zum Beweise des Daseyns einer Rechtswirkung in wahrgenommenen Thatsachen dienen: s. m. Auss. im Gerichtssaal VII. S. 84 ff. 174 ff., sonach unmittelbar nicht zum Beweise auferlegt, sondern nur zu beweisen nachgelassen werden können: Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. XII. S. 118; so fallen sie in dasselbe Gebiet: s. Arch. f. civ. Prax. XXXV. S. 89. 107 f. 207 ff. 216 ff.

1) Die Klage, welche nur ein defendere fordert: oben §. 4. Not. 1; trägt umgekehrt die Affirmation eines Vermögens in sich. Das: res mea est ex jure Quiritium, heißt: das ist mein Vermögensstück; und nicht: das ist Gegenstand meines Eigenthums, weshalb auch der filiusfamilias so vindicirt werden kann: L. 1. D. de R. V. 6. 1. In Folge einer solchen Klage wird immer nur der eine oder der andere Theil verurtheilt: Gell: N. A. XVII.

cirtseyn einer Eigenschaft einer Aneignung des Klägers, oder einer Verurtheilung des Beklagten, begründet wird[2]). Ihr Gebrauch muß daher legitimirt werden durch das Behaupten jener Aneignung oder des Daseyns der Voraussetzungen jener Verurtheilung und er hat den Zweck die Uebung einer Vindicationsberechtigung in Ansehung dieses Stoffes dem Beklagten zu entziehen: entweder seiner Willkühr oder seinem Vermögen, oder dem Gebrauche seiner vermögensrechtlichen Persönlichkeit. Die Thatsachen, welche jene Aneignung herstellen, haben die Verrichtung der Substanz eines Rechts, die Thatsachen welche diese Entziehung begründen, haben die Verrichtung der executionspräparatorischen Prämissen; treten aber dann, wenn die Negation durch das Präjudicirtseyn einer Verurtheilung begründet wird, in die Verrichtung einer Substanz der Klage[3]). Nach der Verschiedengestaltigkeit der römischen Klagen, lassen sich folgende Formulirungen aufstellen.

1) Vindicationsartige Eigenthumsklage: meine Aneignung ist präjudicirtes Daseyn des Rechtseyns im Stoffe, weil ich diesen vom Eigenthümer gekauft (getauscht u. s. w.) und tradirt erhalten habe[4]) (Subst. d. R.); ich will daher meine Vindicationsberechtigung der Willkühr des Beklagten entziehen.

2) Vindicationsartige (directe) Confessorienklage: meine Aneignung ist präjudicirtes Daseyn des Rechtseyns im Stoffe, weil ich diesen durch eine Gebrauchszuwendung des Eigenthümers zu einem Gegenstande meines Gebrauches gestaltet habe, so daß meine Vindicationsberechtigung dem Angeeignetseyn des Eigenthümers entzogen ist[5]) (Subst. d. R.); ich will daher

---

2: „stlitem addicito“. S. m. Auff. in Sell's Jahrb. f. histor. u. dogm. Bearbeit. d. röm. R. II. S. 399 ff.

2) Oben §. 4. Not. 4. §. 5 ff.

3) Archiv f. civ. Prax. XL. S. 70.

4) Oder: weil ich bona fide durch einen justus titulus den Besitz erlangt und die Usucapionszeit hindurch fortgesetzt habe: oben §. 3. Not. 1. 6.

5) Nämlich weil ein präjudicirtes Daseyn des Rechtseyns des Angeeignetseyns eben so gut ein Angeeignetseyn ist, als das Eigenthum. Die Gleichheit findet ihren Grund darin, daß die älteren Servituten gleich dem Eigenthume, als Vermögensstücke behandelt sind: Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. IX. S. 174 ff. Corpus vindicare und usumfructum vindicare wer-

meine Vindicationsberechtigung der Willkühr des Beklagten entziehen.

3. Publicianische Petition: meine Aneignung ist präjudicirtes Rechtseyn[6]) im Stoffe, weil ich durch Kauf und Tradition desselben eine bonae fidei possessio erlangt und ihn zum Gegenstande meiner Aneignung gestaltet habe (Subst. d. R.); ich will daher die fremde Vindicationsberechtigung der Willkühr des Beklagten entziehen. Die Klagen des Emphyteuta, des Superficiars, und des Pfandgläubigers formuliren sich in gleicher Weise, mit Veränderung des Grundes des präjudicirten Rechtseyns, z. B. weil ich mit dem Eigenthümer den Pfandvertrag geschlossen habe[7]).

4) Analoge Confessorienklage: meine Aneignung ist präjudicirtes Rechtseyn im Stoffe, weil ich denselben durch eine possessio longi temporis non vitiosa zum Gegenstande meiner Aneignung gestaltet habe[8]) (Subst. d. R.); ich will daher die

---

den in Ansehung der Litiscontestation und des interdictum quem fundum einander ganz gleich gestellt: Fragm. Vat. §. 92; Roßhirt's Zeitschr. f. Civil- u. Crim.-R. IV. S. 68 f.

6) Also kein Angeeignetseyn: oben Not. 5; sondern nur Rechtseyn der Ausübung fremden Angeeignetseyns. Während die Servitut in Beziehung auf das Aneignungsstück kein jus possidendi: s. Roßhirt's Zeitschr. f. Civil- u. Crim.-R. IV. S. 58 ff.; in sich trägt, findet es sich im publicianischen Eigenthume, aber es ist das Aneignungsstück noch ein Angeeignetseyn eines andern, und deshalb fehlt ihm die eigne Vindicationsberechtigung.

7) Stellt man der civilis possessio am Stoffstücke die naturalis possessio am Stoffe (oben §. 10; Roßhirt's Zeitschr. a. a. O. S. 82 ff.; Arch. f. civ. Prax. XXXV. S. 203. 221 f. XL. S. 70) gleich, wie es dem prätorischen Standpunkte entspricht, so gibt das jus possidendi auch seinem Träger eine eigne Vindication. Daher erklärt sich das hypothecam vindicare in L. 12. pr. D. qui pot. in pign. 20. 4. In diesem Gebiete scheint die Präjudicirweise des Prätors der Entwickelung der Präjudicialorganisation durch die Juristen begegnet zu seyn, so bei der Klage das Emphyteuta: s. Roßhirt's Zeitschr. a. a. O. S. 67. 80.

8) Diese auf prätorischem Schutze beruhende utilis actio: L. 10. pr. D. si servit. vind. 8. 5. L. 1. L. 2. C. de servit. 3. 34. L. 12. f. C. de praescr. l. t. 7. 33, erscheint als eine Folge der Behandlung der naturalis possessio als einer civilis, die schon früher in Folge der Rechtsanwendung in der Usucapion der Servituten: Cicero pro Caec. 26; herrschend ge-

fremde Vindicationsberechtigung der Willkühr des Beklagten entziehen.

5) Persönliche Klage: ich will dem Vermögen des Beklagten die Vindicationsberechtigung entziehen, welche er an dem Stoffe der mir angeeigneten Handlung (die naturale Seite der Obligation) durch deren Ausführung für seine Zwecke haben würde, wenn nicht seine Verurtheilung zu deren Vornahme für meine Zwecke präjudicirt wäre, weshalb ich den Beweis der Voraussetzungen dieses Präjudicirtseyns übernehme[9].

6) Präjudicialklage: ich will dem Gebrauche der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Beklagten die Vindicationsberechtigung entziehen, welche in Ansehung des meiner vermögensrechtlichen Persönlichkeit angeeigneten Stoffes jenem Gebrauche unterworfen seyn würde, wenn nicht seine Verurtheilung zur Unterlassung dieses Gebrauches präjudicirt wäre, weshalb ich den Beweis der Voraussetzungen dieses Präjudicirtseyns übernehme[10].

---

worden zu seyn scheint, bis die Lex Scribonia sie untersagte: L. 4. §. 29. D. de usurpat. 41. 3. Sie scheint aber in der Gestaltung der späteren Servituten ihren Einfluß darin bewahrt zu haben, daß diese, als Stücke der Stückseite des Eigenthums, nicht wie diejenigen, welche zu Stücken der Stoffseite des Eigenthums gestaltet sind, so iter, actus, via, aquaeductus, aquaehaustus: Zachariae v. Lingenthal: über den Unterschied zw. serv. rust. u. urb. S. 82 ff., vgl. 61 ff., non utendo untergehen, so habitatio: L. 10. pr. D. de usu et hab. 7. 8; die operae servorum: L. 2. D. de usu et usfr. leg. 33. 2; und urbane Prädialservituten: L 6. L. 7. L. 32. §. 1. D. de S. P. U. 8. 2. L. 18. §. 2. D. quemadm. serv. amitt. 8. 6. Wie die Auffassung der römischen Juristen zwischen Stück und Stoff geschwankt hat, davon gibt es mehrfache Beispiele: s. Heidelberger Jahrb. Jahrg. 1857. S. 303 f.

9) Indem nämlich hier kein Daseyn des Rechtseyns oder Rechtseyn, sondern nur Verurtheilung präjudicirt ist, entspricht der Klagegestaltung diese Beweisübernahme, durch welche der Kläger die Beweislast in Ansehung der executionspräparatorischen Prämissen in eine Beweispflicht in Ansehung derselben, als einer Substanz der Klage, wandelt: Arch. f. civ. Prax. XXXV. S. 91. 161. Das Maaß dieser Substanz ist dann nach der Verschiedenheit der Forderungsverhältnisse zu bestimmen.

10) Weil hier die zweiseitige, defendere fordernde Vindication in eine einseitige Petition gewandelt ist: oben §. 5. Not. 16; sind diese Voraussetzungen eben so, wie bei der persönlichen Klage: oben Not. 9; zu Substanzen zu wandeln.

## §. 13.

Diejenigen Thatsachen des Klagevortrages, welche bei den dinglichen Klagen unter Zif. 1—4 des §. 12, solche sind, welche das präjudicirte Rechtsdaseyn oder Rechtseyn bedingen, werden als Substanzen des Rechts durch die Einlassung unabänderlich, in der Weise, daß sie nicht durch andere ersetzt werden können, sey es nun, daß die letztern erst später vorgebracht würden, oder daß sie bereits im Klagevortrage aufgestellt worden wären, ohne daß ihre Verrichtung als Substanzen des Rechts aus demselben erkennbar gewesen. Sie können aber auch nie durch eine Thätigkeit des Richters, sondern immer nur durch die Thätigkeit der Partheien festgestellt werden, weil diese Feststellung durch Scheidung von den Substanzen der Klage, zur Gestaltung des Angriffes und der Vertheidigung gehört[1]). Es ist, so lange diese Feststellung fehlt, auch noch keine Einlassung auf Substanzen des Rechts als solche existent geworden, und in so weit als solche fehlt, ist die Einlassung in Ermangelung einer Richtung auf ein bestimmtes juridisches Factum, immer nur eine Einlassung auf die Substanz und das Gesuch einer Klage, so daß die rechtliche Entwickelung des Streitstoffes durch eine Feststellung seiner Tragewelte für die Erzeugung rechtlicher Wirkungen, nur in der

1) Oben §. 7—9. Ein eigentlicher Uebergang von einer Klagengestaltung zur andern, z. B. von einer vindicatio zur actio Publiciana, von einer condictio furtiva zur vindicatio (den Bayer a. a. O. S. 21 f. verwirft); oder z. B. bei der Klage wegen eines Legats von einer rei vindicatio oder hypothecaria actio zur actio personalis ex testamento (den Bayer a. a. O. S. 20 f. zuläßt) würde daher immer eine Klagenänderung seyn. Jenachdem ein bestimmter Stoff als ein angeeigneter gefordert, oder eine Aenderung in der Willkühr des Beklagten gefordert wird, sey es nun, daß sie bloß darin besteht, die Hinderung fremden Aneignens durch Restituiren zu beseitigen, oder ein bestimmtes Handlungsstück beziehungsweise ein Handlungsstück von einer bestimmten Gestaltung: oben §. 5. Not. 12. 13; von dem Beklagten gefordert wird; kann eine andere Gestaltung seiner Vertheidigung Bedürfniß seyn. Aber es ist kein Uebergang, wenn nur der Ausdruck verändert wird, aber das Gesuch und die Thatsachen, so wie deren Causalverhältniß untereinander, unverändert bleiben.

richterlichen Vorbereitung des Urtheils einen Sitz findet[2]). Insofern indeß die Klagenstellung und die Einlassung nur eine Vorbereitung der Verhandlung beider gewesen, ist eine Versetzung der in dem Klagevortrage enthaltenen, in demselben nicht als Substanzen des Rechts ausgeschiedenen, Thatsachen in die Verrichtung von Substanzen zulässig, sofern sie ohne eine andere Veränderung des hauptsächlichen Sachgesuches vermittelt wird, als durch Fallenlassen eines Stückes desselben[3]). Diejenigen Thatsachen, welche bei den persönlichen Klagen und den Präjudicialklagen, Zif. 5 und 6 des §. 12, zu denen gehören, deren Beweis der Kläger, als den der Voraussetzungen des Präjudicirtseyns, eventuell übernimmt, sind Substanzen der Klage, und können während des Rechtsstreites noch so lange, als sie nicht Gegenstand einer speciellen Beweisauflage geworden sind, durch andere ersetzt werden; sofern es ohne Veränderung in dem hauptsächlichen Sachgesuche geschieht, und sie nicht einem der Klage zum Grunde gelegten juridischen Factum angehören, dessen Veränderung eine Veränderung des gedachten Gesuches bewirken würde, indem sie in diesem Falle eben so, wie die Substanzen des Rechts bei dinglichen Klagen, durch die Einlassung unabänderlich werden. Denn insofern als nicht bloß der behauptende Ausdruck des Vortrages, sondern die Gestaltung des Gesuches, die thatsächlichen Behauptungen zur Grundlage eines bestimmten juridischen Factum ausprägt, gehört diese Ausprägung der Gestaltung des Angriffes, und in Folge davon die Einlassung auf die Klage, der Gestaltung der Vertheidigung an[4]); so daß sie durch ihre Eigenschaft als Einlassung auf das Gesuch, zugleich eine Einlassung auf Substanzen wird, die innerhalb des durch sie gestalteten Rechtsstreites die Verrichtung von Substanzen eines Rechts tragen. Veränderung des hauptsächlichen Sachgesuches ist nach der Einlassung ohne Prozeßverlust nur möglich, sofern dadurch

2) Arch. f. civ. Praxis XL. S. 80—84.

3) Oben §. 7. Also zwar eine Veränderung des Causalverhältnisses der Thatsachen zum Gesuche, aber keine Veränderung in der Instruction die der Klagevortrag enthält.

4) Oben §. 7.

weder Thatsachen, die nach dessen früherer Beschaffenheit der Substanz nicht angehört, in diese hineingezogen werden[5]), noch die Identität des Gegenstandes desselben dadurch aufgehoben wird. Die Minderung des zeiträumlichen oder orträumlichen Stoffmaaßes so wie die seines Werthzeichenmaaßes (der Geldsumme u. s. w.) ist daher insofern immer zulässig, als sie nur einen Verzicht involvirt. Fehlt es aber an anderen genügenden Merkmalen der Identität der Substanz, so wenn eine Angabe der Zeiträumlichkeit[6]) der thatsächlichen Vorgänge fehlt, so muß dieses Maaß in seiner Eigenschaft als Merkmal der Identität der durch die Einlassung in den Zustand der Bestrittenheit getretenen Substanzgesammtheit[7]), der Abänderung entzogen seyn (z. B. wenn die Klage bloß sagt: Kläger habe dem Beklagten 100 geliehen, die er zurückfordere[8]). Bezeichnungen der Zeit- oder Orträumlichkeit des Stoffes (so die Zeitbestimmung der geschuldeten Handlung, der Name des vindicirten Grundstückes) sind, als Zeichen der Identität des Ge-

5) Oben §. 7—9.

6) Daraus daß die Zeit eines Geschäfts nur insofern, als sie dessen Wirksamkeit bedingt, für das Daseyn eines Anspruches relevant ist: Erkenntn. d. O. A. G. in Kiel v. J. 1850, 6. Seuffert: Arch. X. S. 416; folgt nur, daß sie nicht genannt zu werden braucht; nicht aber, daß sie, wenn sie genannt, für dessen Identität gleichgiltig ist.

7) Archiv f. civ. Prax. XL. S. 71. 80.

8) Denn ist weiter nichts gesagt, so ist: 99 leihen, eine andere Handlung, als: 100 leihen u. s. w. Ist in Folge einer Klage auf ein Darlehn von 100 der Beklagte absolvirt, oder auch in 99 condemnirt, so kann er einer andern Klage auf ein Darlehn von 99, sofern es an sonstigen Merkmalen der Identität fehlt, keine exceptio rei judicatae entgegensetzen. Denn der entschiedene Streit ist immer nur der über ein Darlehn von 100. Nur dann wird dies anders, wenn der Beklagte eine Einrede der Plurispetition als eine prozessualische Einrede vorgeschützt, nur eventuell auf die Klage von 100 sich eingelassen, und dann auf so viel weniger verurtheilt worden ist, als der Kläger nach seiner Behauptung zu viel gebeten hatte. Denn dann ist der Prozeß aus einem Prozesse über 100 in einen Prozeß über eine geringere Summe, z. B. von 99 gewandelt. Die Einrede: es ist um diesen oder jenen Betrag zu viel gefordert, ist eben so wenig als ein bloßes Abläugnen zu betrachten, als man mit Götting: Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. III. S. 182; die Opposition einer Suspensiv-Bedingung als ein bloßes Läugnen des Abschlusses des Geschäfts betrachten darf.

genstandes des Rechtsverhältnisses und demnach auch der Identität des letztern und der Substanz, ebenfalls mit der Einlassung unabänderlich. Die Bestimmungen von Zeno und Justinian, welche Abänderungen des geforderten Gegenstandes, wenigstens im Falle eines Irrthums in der ursprünglichen Angabe gestatten [9]), lassen sich bei ihrer Richtung auf die Abwendung der Folgen der Pluris-petition nur von dem Falle verstehen, wo der im libellus conventionis genannte Gegenstand [10]) noch vor der Litiscontestation [11]) als ein unrichtiger kenntlich gemacht ist. Wollte man nach der Einlassung auf dem Grunde eines Irrthums, über die angegebenen Gränzen hinaus, eine Abänderung in Ansehung dieses Gegenstandes zulassen, so würde das immer nur zu einer neuen Klagenstellung unter dem Namen einer Aenderung führen. Denn es müßte dem Beklagten auf dessen Verlangen eine neue Vertheidigung durch eine Einlassung mit Uebung aller Befugnisse, die mit der Einlassung auf die Klage verbunden sind [12]), oder eine Aenderung der bisherigen Vertheidigung, verstattet werden; und sofern dadurch eine Neugestaltung der Vertheidigung entstände, müßte die Klage so behandelt werden, als ob die erste Klagenstellung angebrachtermaßen zurückgewiesen worden wäre [13]). Erhöhung jenes Stoffmaaßes oder Werthmaaßes ist nach der Einlassung nur statthaft, sofern sie sich als bloße Interpretation des Klagevortrages gestaltet, und ohne Zulassung einer neuen Vertheidigung des Beklagten nur dann, wenn in dem Klagevortrage die Uebung jener Interpretation und ihr entsprechende Verbesserung von Seiten des Richters beantragt worden [14]). Insofern das Urtheil auch nach der Einlassung erst zur Existenz gekommene Umstände zu berücksichtigen hat, wie bei bloßen Restitutionsansprüchen [15]), versteht

9) L. 1. C. in f. de pluspet. 3. 10. L. 2. §. 2. C. eod. §. 34. 35. J. de action. 4. 6.

10) Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. X. S. 203 ff.

11) S. Gaj: I. IV. 55.

12) S. Bayer a. a. O. S. 54 u. 47 ff. 55 ff.

13) Als unanwendbar auf den heutigen Prozeß betrachtet, von dem Standpunkt aus, daß es sich um eine Aenderung nach der L. C. handle, jene römischen Bestimmungen: Bayer a. a. O.

14) Oben §. 2. Not. 1. 2 und die Citate daselbst.

15) M. Erörter. zu v. Linde's Lehrb. d. Proz. S. 417 ff.

sich die Zulässigkeit des spätern Vorbringens derselben von selber; und in Ansehung der s. g. omnis causa muß das Nachbringen des sie betreffenden Nebengesuches noch bis zum Urtheil gestattet seyn [16]).

## §. 14.

So lange die Behauptungen von Thatsachen zum Zwecke der Begründung rechtlicher Wirkungen nicht als Grundlagen eines juridischen Factum oder als Gegenstand einer Beweisauflage festgestellt sind, welche einer Parthei die Nothwendigkeit auferlegt, dem Richter Gründe für das Wahrgenommenseyn derselben vorzulegen, die zu dessen Vergewisserung dienen (sofern nicht etwa eine eigne Wahrnehmung des Richters diese Gründe überflüssig macht), kann deren Folge immer nur die seyn, dem Richter irgend eine eigne Wahrnehmbarkeit zu ermöglichen. Sie sind dann prozessualische Vorgänge, die, sofern sie nicht durch Uebereinstimmung der Erklärungen beider Partheien einen Punkt der richterlichen Beurtheilung entziehen, eben weiter nichts sind, als ein Stoff zu Gründen für eine solche Beurtheilung, den der Richter, wenn er ihn prozessualisch behandelt, nach den causae die er darin entdeckt, in verschiedene Prozeßverhältnißgestaltungen zerlegt, um die rechtliche Tragweite des thatsächlichen Stoffes für die erhobenen Ansprüche zu erkennen [1]). Der romanistische Prozeß ist das Mittel in dem prozessualischen Daseyn einer durch ein gewisses Maaß von prozessualischer Thätigkeit erzeugten Wahrheit eines ungewissen und bestrittenen Vorgegangenseyns, unter den Partheien ein gewisses Gegenwärtigseyn zu verwirklichen. Die Wirklichkeit der Wahrheit soll in ihm die Wirksamkeit der Gewißheit empfangen [2]). Die Eventualität des Präjudicirtseyns, welches dem Vorgegangenen inwohnt, soll in absolutes Judicirtseyn

16) Oben §. 2. Not. 8.

1) Arch. f. civ. Prax. XL. S. 81 f.

2) Arch. f. civ. Prax. XXXV. S. 171. XL. S. 71; Zeitschr. für Civilr. u. Proz. N. F. IX. S. 118 ff. Der Dualismus von Wahrheit und Gewißheit, entspringt daraus, daß Behauptungen die Verrichtung der behaupteten Thatsachen zu übernehmen haben.

gewandelt werden. Die Geeignetheit jener Thätigkeit für diesen Zweck hängt davon ab, daß die Verneinung eines ungewissen Vorgegangenen sich der Bestrittenheit des Gegenwärtigen, dem die Gewißheit angeeignet werden soll, gleichstellt, und umgekehrt die Bestrittenheit eines gewissen Vorgegangenen einer Verneinung des Gegenwärtigen gleich wird. Im erstern Falle entsteht aus Wahrheit des Vorgegangenen die Gewißheit des Gegenwärtigen z. B. weil es wahr ist, daß der Vertrag geschlossen, so ist das Schuldigseyn gewiß. Die Folge davon ist die, daß dieses Gegenwärtige als ein in der Vergangenheit bereits entstandenes Ungewisses in Verrichtung tritt, um ein Defensionsgebiet zu gestalten, in dem die Opposition gegen die Gewißheit durch eine Verneinung ausgeführt wird, die in Folge ihrer Eigenschaft als Mittel jener Opposition, die Gewißheit des Verneinten in den Zustand der Bestrittenheit setzt: wenn z. B. der Vertragsschluß verneint ist, so ist das Schuldigseyn bestritten; aber auch die Gewißheit des Vertragsschlusses ist bestritten, weil er als der Grund des Schuldigseyns verneint ist. Die Bestrittenheit eines gewissen Vorgegangenen wird hergestellt in einem alternativ dem einen oder dem andern Theile in Folge vorgegangener Entziehung Entzogenen, durch eine Einlassung, welche den Beklagten als den Träger eines Aneignungsvermögens von rechtlicher Ausschließlichkeit in dem vom Kläger als dem petitor [3]) geforderten Stoffe diesem gegenüberstellt, nämlich als possessor [4]). Das verneinte Gegenwärtige ist der Vorzug der Aneignung des Klägers, den der

---

3) Der actor ist petitor, sofern ein Aneignungszustand des Beklagten die Bestrittenheit des Anspruches, den die Klage verfolgt, in sich trägt, indem das Bestrittene ein prozessualisches Daseyn bei dem Beklagten hat, so daß es, wenn es dem Kläger zugesprochen, damit auch dem Beklagten abgesprochen ist: L. 15. D. de except. r. j. 44. 2. Er ist aber actor, insofern das Bestrittene erst in dem Unbestrittenen, welches in dem Daseyn einer Verurtheilung sich entwickelt, in ein prozessualisches Daseyn tritt, und ohne dieselbe nur die Gestaltung eines Bestrittenen, sey es in Ungewißheit oder in Gewißheit, ein Daseyn hat. Im erstern Falle besteht ein reales, im zweiten Falle ein bloß formales Bestrittenseyn. Jenes ergreift des Recht, beziehungsweise den Stoff, dieses die Gewißheit der grundleglichen Substanz: Arch. f. civ. Prax. XL. S. 64 ff.

4) Ebend. XXXIII. S. 222. XL. S. 65 ff.

Zustand der rechtlichen Verwirklichung des Angeeignetseyns in sich trägt, als die Voraussetzung eines verunrichtigenden Entzogenseyns, und die Bestrittenheit löset sich auf in Gewißheit durch eine veritatis declaratio, welche das Entzogenseyn in Gewißheit setzt [5]). Wo dahingegen ein solches Gewisses nicht festgestellt ist, also kein reales Bestrittenseyn [6]) das Daseyn des Bestrittenen verwirklicht hat; kann eine veritatis declaratio nur eine Form seyn, um das Daseyn eines Bestrittenen in der Feststellung seiner Beschaffenheit zur Gewißheit bringen [7]); aber es kann die Bestrittenheit in Gewißheit nur dadurch gewandelt werden, daß das prozessualische jus die Thätigkeit ausschließt welche dem Defensionsgebiete der Opposition angehört, ein Gebiet, welches sich so weit erstreckt, als die Opposition nicht durch Versetzung des Gegenwärtigen in die Verrichtung eines Vergangenen zur Negation desselben gestaltet ist [8]). In einem solchen Gestalten allein finden ihre Verwirklichung: der Gegenstand einer Aneignung in dem Stoffe einer fremden Vindicationsberechtigung, der sich in der publicianischen Petition und verwandten Klagen gestaltet [9]), das Angeeignetseyn einer zu=

---

5) Arch. f. civ. Prax. XXXV. S. 220 ff. XL. S. 65 ff.

6) Oben Not. 5. Arch. f. civ. Prax. XL. S. 66.

7) Arch. f. civ. Prax. XXXV. S. 174. 221. XL. S. 65.

8) Die Opposition gegen das condemnari oportere, ist die Verneinung des dare oder facere oportere, aus dem es durch die Litiscontestation hervorgegangen ist: Gaj: l. III. 180. Eine veritatis declaratio über die Behauptung des dare oder facere oportere, involvirt aber ein judicatum facere oportere, welches die condemnatio verwirklicht: Gaj: l. c., nur insofern, als der Gebrauch von Exceptionen ausgeschlossen ist. Wäre eine solche veritatis declaratio auf ein dare, ein certum: m. Identität S. 95 ff.; auf eine bestimmte Handlung: oben §. 5. Not. 13; gerichtet, so würde der Natur der Sache nach eine Exception eben so ausgeschlossen seyn, wie gegen die Obliegenheit des possessor zum restituere, nachdem ihm eine solche declaratio in Ansehung der Eigenthumsbehauptung des petitor gegenübergestellt wäre. Ginge die declaratio aber auf ein facere, ein incertum: m. Identität a. a. O.; also auf eine Handlung von einer bestimmten Gestaltung; oben §. 5. Not. 12; so würde damit nicht, wie in jenem Falle, das Daseyn des Bestrittenen verwirklicht seyn, sondern nur die Gestaltung eines Bestrittenen, was eben nichts anderes ist, als eine Streitgestaltung, also keine Unbestrittenheit.

9) Oben §. 12. Not. 6—8. Insofern bei einer solchen Klage die natu-

künftigen Handlung eines Obligirten, welches die naturalis obligatio ausprägt[10]). In der Präjudizialklage tilgt das Verlegen eines Angeeignetseyns eines zukünftigen Unterlassens des Beklag-

ralis possessio, oder Stoffinhaberschaft: oben §. 12. Not. 7; des Beklagten, als durch die Litiscontestation festgestellt angesehen wird, demnach eine reale Bestrittenheit: oben Not. 3; entsteht, ist das Bestrittene kein mit dem Körper oder dem Stoffe zusammenfallendes Angeeignetseyn: Arch. f. civ. Prax. XL. S. 66; sondern ein Aneignungsrecht des Klägers, welches den Körperstoff zum Gegenstande hat: ebendas. S. 68. Durch eine veritatis declaratio über die causa dieses Rechts würde nur der Widerstreit des Behindertseyns des Aneignens des Klägers in jenem Stoffe mit dem Daseyn dieser causa in Gewißheit gesetzt seyn, welches sich zu einem Entzogenseyn durch den Beklagten erst dann gestaltet, wenn dieser die Wirksamkeit jener causa gegen ihn nicht mehr durch eine Opposition von Exceptionen, z. B. der exceptio (proprii) dominii: Arch. f. civ. Prax. XXXV. S. 110; auszuschließen vermag. So ist die Gestaltung einer auf eine causa adjecta gegründeten vindicationsartigen Petition: oben §. 3. Not. 6. §. 5. Not. 16. 17. §. 12. Not. 4. 5. Fehlt dahingegen die Voraussetzung eines solchen Effects der Litiscontestation, so bedarf es zur Herstellung gleicher Gewißheit durch eine veritatis declaratio der Erstreckung derselben auf die possessio des Beklagten. Es wird dann nur dadurch, daß derselbe Aneignungszustand, den der Kläger anspricht, als bei dem Beklagten vorhanden angesehen wird, eine Petitionsgestaltung: s. oben Not. 3; vermittelt, die indeß zur Wirklichkeit einer realen Petition erst durch eine veritatis declaratio der gedachten Art zu gelangen vermag. So lange der naturalis possessio eine andere Natur zugeschrieben wird, als der civilis, ist jene Auffassung ausgeschlossen durch die Subjectivität der naturalis possessio, vermöge welcher sie bei jeder andern Person, ungeachtet der Identität des Stoffes eine andere seyn muß. Die Klage kann dann nur als auf eine Aufhebung der Behinderung, auf ein Stück Handlung von bestimmter Beschaffenheit gerichtet, sich zu einer incerti condictio gestalten: oben §. 5. Not. 12. Auffassung der naturalis possessio gleich der civilis: oben §. 12. Not. 8; als eines Stoffstückes, einer res, vermittelt (in verschiedenen Stufungen: vgl. m. Identität S. 74 f. Not. 1a. S. 95. Not. 52 ff. S. 101. Not. 56a) den Uebergang zu einer rei petitio. Daher der Zusammenhang zwischen condictio und petitio: Roßhirt's Zeitschr. f. Civil- u. Crim.-R. IV. S. 63 ff. Es wird sich von selber verstehen, daß die eben vorausgesetzten veritatis declarationes nur ein Mittel sind, den Umfang der Substanz der Klage zu bestimmen, im Gegensatze zu dem, was die Opposition des Beklagten in den Streit hineinzuführen vermag.

10) Durch die naturalis obligatio, die den Beklagten als den Inhaber einer dem Kläger angeeigneten Handlung erscheinen läßt, bildet sich auch hier

ten in Ansehung des Bestreitens des Zustandes, den der Kläger anspricht, in der Gestaltung der Gesammtheit des Streitstoffes jede Opposition, und wandelt die von der Negation jenes Zustandes unzertrennliche Opposition in eine Legitimation zu einem Beweise, der die Verneinung der Wahrheit jenes Angeeignetseyns für die Gegenwart in sich trägt, so daß erst die richterliche Beurtheilung der prozessualischen Vorgänge, welche die Partheienthätigkeit zu seiner Wahrnehmung bringt, eine Bestrittenheit gestaltet [11]).

§. 15.

In der Präjudicialklage hat demnach der quellenmäßige römische Prozeß eine Klagenstellung, die nach derselben und der Antwort des Beklagten ein Prozeßstadium offen läßt, in dem es unbestimmt ist, welche Thatsachen als Substanz in einen Zustand der prozessualischen Bestrittenheit zwischen den Partheien treten werden. Es ist in diesem Stadium noch nicht abgegränzt, inwiefern die prozessualischen Vorgänge, und die Thatsachen, von denen sie dem Richter Kunde geben, sich gestalten werden als Grundlage von prozessualischen Befugnissen und Obliegenheiten, oder des Ausgeschlossenseyns der Benutzung weitern Streitstoffes [1]) und der daraus entspringenden Gewißheit (des prozessualischen jus), und inwiefern diese Gewißheit qualificirt seyn wird als Grundlage einer [2]) veritatis declaratio in Ansehung von thatsächlichen Behauptungen (eines Beweiserkenntnisses), diese wiederum als Grundlage der veritas eines juridischen Factum [3]), inwiefern dann diese ve-

die Petitionsgestaltung: oben Not. 9; die ihre Verwirklichung zu einer realen Petition indeß erst durch eine Verurtheilung, die eine Verwirklichung der Handlung in einem Surrogate vermittelt: Arch. f. civ. Prax. XXXV. S. 97. 171 ff. 174 ff.; sich erhalten könnte, und daher actio bleibt.

11) Indem er bestimmt, wer partes actoris und wer partes rei zu übernehmen habe: L. 7. §. 5. D. de liberali causa 40. 12; m. Erörter. z. v. Linde's Lehrb. d. Proz. S. 456 f. Not. 10.

1) Arch. f. civ. Prax. XL. S. 71 ff.

2) Nur innerhalb des Rechtsstreites wirksamen: m. Erörterungen zu v. Linde's Lehrb. d. Proz. S. 485 f.; einerseits auf prozessualisches jus gegründeten und andererseits wiederum prozessualisches jus erzeugenden: Arch f. civ. Prax. XL. S. 71 ff. Not. 59—62. 71.

3) Die auch außerhalb des concreten Rechtsstreites wirkt, sofern die An-

ritas, in Folge des Ausgeschlossenseyns der oppositionellen Defension mittelst Einreden (des prozessualischen jus), dazu dienen wird, die Gewißheit des Ausgeschlossenseyns oder Aufgehobenseyns einer Willkühr des Beklagten herzustellen, entweder in der Gestalt einer veritatis declaratio (über das außerprozessualische jus), die ein Entzogenseyn eines Stoffes, welches der Beklagte dem Kläger gegenüber bewirkt, in Gewißheit setzt; oder in der Gestalt der Verurtheilung, welche die Vollstreckbarkeit eines außerprozessualischen Anspruches (mittelst des prozessualischen jus) herstellt[4]). Eine Abweisung der Klage, die nach eingetretener Bestrittenheit der Klageberechtigung (vermöge des prozessualischen jus) eine Absolution des Beklagten für jede Wiederholung derselben Klagenstellung[5]) präjudiciren würde, kann in jenem Stadium der Legitimation ihrer prozessualischen Natur nach, nur die Bedeutung einer Anweisung zur bessern Legitimation eben dieser nämlichen Klagenstellung, und der Aufstellung dieser Legitimation als einer Voraussetzung der weitern Prozeßverstattung in sich tragen. Von diesem Standpunkte aus erscheint es gerechtfertigt, so weit als dieses Stadium noch offen ist, durch neues Vorbringen, beziehungsweise Aendern des Vorgebrachten, einer solchen Anweisung zuvorzukommen, dem Kläger zu verstatten oder die Litiscontestation in den Schluß des s. g. ersten Verfahrens zu versetzen[6]). Die heutige Prozeßauffassung verbindet aber mit dem Mangel jener Ab-

---

erkennung des juridischen Factum durch den Richter eben sich selber bezweckt, nämlich dessen Entschiedenheit, und nicht bloß ein Mittel für die Entschiedenheit eines andern Moments, in welchem Falle jene Anerkennung eines solchen Factum sich immer zum Präjudicium gestalten würde: m. Erörterungen zu v. Linde's Lehrb. d. Proz. S. 484.

4) Einen prozessualischen Zustand des Rechtsverhältnisses, sey es nun der ersten Gestaltung entsprechend, mit objectiver Wirksamkeit als Resultat des Prozeßverhältnisses (judicium) und des Entscheidungsprozesses, oder der zweiten entsprechend mit subjectiver Wirksamkeit unter den Partheien als Resultat des Streitverhältnisses (lis) und des Urtheilsprozesses: m. Erörter. zu v. Linde's Lehrb. d. Proz. S. 487 ff.; Arch. f. civ. Prax. XL. S. 75.

5) Nicht eine veritas inter partes, indem sie nicht, oder doch insofern sie nicht, auf eine partheiliche Aneignung der Wirksamkeit eines Rechtsverhältnisses gegründet ist: Arch. f. civ. Prax. XL. S. 75 f.

6) Arch. f. civ. Prax. XL. S. 81.

gränzung eine Unabhängigkeit der Kraft der Richtersprüche von deren Daseyn, die so weit geht, daß selbst die Bedeutung des Daseyns einer Einlassung des Beklagten für diese Kraft in den Hintergrund tritt [7]). Es begleitet indeß jene Abgränzung auch ohne Ausprägung in Verschwiegenheit die prozessualischen Vorgänge von der Klagenstellung an, so weit sie in der richterlichen Auffassung des Verhandlungsstoffes Raum gewinnt [8]). Dieses Begleitungsverhältniß findet seinen Anhaltspunkt in dem Erfordernisse einer Geschichtserzählung und eines derselben entsprechenden Gesuches in der Klage und der Eventualmaxime, welche der Vertheidigung schon vor jener Ausprägung durch den richterlichen Spruch einen Abschluß ihres Stoffes aufnöthigt, dessen Gestalten ohne ein Anschauen jener Abgränzung der Freiwilligkeit beraubt wird, die das Wesen der Vertheidigung bedingt [9]). Inhalt der Geschichtserzählung und des hauptsächlichen Sachgesuches der Klage und deren Causalverhältniß untereinander, müssen daher zur Gränzbestimmung dienen, zwischen dem Gebiete desjenigen Inhalts des Klagevortrages, der durch die Einlassung des Beklagten unabänderlicher substantieller Stoff der prozessualischen Bestrittenheit wird, und demjenigen, was dem Gebiete der Aequipollenzmöglichkeit angehört [10]). Da nun immer das positive Endresultat des Rechtsstreites in einer Wirksamkeit eines Klagestoffes für eine veritas inter partes oder ein prozessualisches jus der Vollstreckbarkeit eines außerprozessualischen Anspruches, mit der Eigenschaft rechtskräftiger Entschiedenheit besteht, welche oppositionellen Zustände auch inzwischen für

7) Es zeigt sich darin, daß man auch bei der Abweisung der Klage vor einer unbedingt gewordenen Litiscontestation des Beklagten zwischen einer definitiven und einer auf die Weise, wie die Klage angebracht, u. s. w. beschränkten Abweisung unterscheidet, und daß die Auffassung einer Appellation gegen eine in diesem Stadium erfolgte Abweisung als Extrajudicialappellation, eine höchst seltene Erscheinung ist.

8) Gesammtlitiscontestationen und Unterlitiscontestationen und Unterscheidungen verschiedener Prozeßverhältnisse: Arch. f. civ. Prax. XL. S. 77; mehr oder minder deutlich, je nach Verschiedenheit der richterlichen Auffassung.

9) Beispiele: oben §. 7–9.

10) Oben §. 2. Not. 8. §. 6 nach Not. 10. §. 7 a. E. §. 9 nach Not. 3. §. 10. 11.

oder gegen dieses Resultat mit einander gerungen haben mögen [11]; so muß jenes Gebiet der Unabänderlichkeit im Folgenden seinen Ausdruck finden. Es begreift dasjenige, was von dem Stoffe der Klage nach der rechtskräftigen Entschiedenheit ihres Gegenstandes von keiner der Partheien der andern einseitig wiederum als Stoff einer neuen Bestrittenheit, die zur Grundlage gleicher rechtskräftiger Entschiedenheit geeignet wäre, aufgedrungen werden kann [12]. Das Mittel dessen Umfang zu erkennen, bieten die auf der Gestaltung der juridischen Facta gebaueten Grundsätze über die Identität und Connexität der Rechtsverhältnisse dar. Was außerhalb dieses Gebietes liegt, gehört als Factor einer prozessualischen Wirkung dem Gebiete der Aequipollenzmöglichkeit an, so lange nicht eine specielle Beweisauflage es in den Zustand der Unabänderlichkeit versetzt, und es damit aus dem Legitimationsstoffe in die Bestrittenheit unter den Partheien hinüberführt. Eine positive Gestaltung des Gebietes der Aequipollenzmöglichkeit, würde es erheischen, ein Legitimationsgebiet in verschiedenen Richtungen auszuprägen, jenachdem die Legitimation die Person beträfe [13], oder das Daseyn eines präjudicirten Rechtseyns im Stoffe. Es würden sich dann in letzterer Beziehung wiederum Richtungsverschiedenheiten zeigen, jenachdem ein Rechtseyn oder eine Verurtheilung sich als Gegenstand des Präjudicirtseyns herausstellte. Da aber der Weg dazu eine Revision des Civilrechts seyn müßte, so kann er hier nicht betreten werden [14].

---

11) Arch. f. civ. Prax. XXXV. S. 101.

12) Die rechtskräftige Entschiedenheit des Urtheilsprozesses zwischen denselben Partheien über dasselbe mehrfach hervorzurufen, bleibt möglich; aber sie ist, wenn die wiederholte Bestrittenheit einer Parthei wider ihren Willen aufgedrungen worden, rescissibel: L. 1 pr. D. de sent. quae sine app. 49. 8. Arch. f. civ. Prax. XL. S. 60. Not. 3. S. 86. Not. 125 u. das. Cit.

13) Bei welcher Ausprägung denn vor allen Dingen davon abgestanden werden müßte, die Legitimation zur Sache als einen Bestandtheil des Klagegrundes zu betrachten, wenn die Gestaltung der Klage oder der Vertheidigung des Beklagten sie ausscheidet, und ihren Stoff in das Gebiet der Aequipollenzmöglichkeit versetzt: m. Erörter. z. v. Linde's Lehrb. d. Proz. S. 325 ff. 331 ff.

14) Beispiele finden sich: Arch. f. civ. Prax. XXXV. S. 105 ff. 159 ff.

§. 16.

Die Aequipollenzmöglichkeit trägt die Eigenschaft der Beweglichkeit nach der Tragweite der Klagenstellung für die Obliegenheit des Klägers in Ansehung der Rechtfertigung des Angeeignetseyns des Stoffes in sich. Es können Zuständlichkeiten, welche bei größerer Ausdehnung dieser Obliegenheit durch Aequipollentien ersetzt werden können, bei einer geringern dieser Wandelbarkeit beraubt seyn. In einem Prozesse den eine Klage einleitet, die nur ein defendere gegen die Anschuldigung einer Widerrechtlichkeit fordert, muss der Kläger ein Angeeignetseyn bis zum letzten Stofftheile, den die Thätigkeit des Beklagten, in welcher der Sitz seiner Widerrechtlichkeit gefunden werden soll, berührt hat, in den Zustand des Legitimirtseyns versetzen [1]). In der Petition nimmt ein Präjudicirtseyn einen Theil jener Legitimationslast von ihm, eröffnet dahingegen aber für den Beklagten das Gebiet der Exceptionen [2]) und setzt an die Stelle eines Bestreitens mittelst oppositioneller Zustände so weit, als die Petitionsgestaltung sich erstreckt, Substanzen als Gegenstände der Bestrittenheit und der rationellen Beweisführung [3]). Theile der petitionsartigen jüngern römischen Klagegestaltung, bewahrten noch Einflüsse jener ältern Form. Wird der Stoff unmittelbar als Vermögensstück angesprochen, so sind bonae fidei possessio und Eigenthum des Auctors (so bei einer rei vindicatio non adjecta causa), auf der andern Seite Förmlichkeiten der Aneignung und Entziehung des Stoffes (so bei einer condictio), solche Aequipollentien. Bei jener vindicatio legitimirt der Kläger sein Angeeignetseyn, nachdem es durch die prozessualische Opposition des Beklagten bestritten worden, je nach seiner Wahl mit Hülfe des Vertragsschlusses und der Tradition, durch den einen oder den andern Zustand [4]); bei einer vindica-

---

1) Daher: „eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset, litem perderet:" Gaj: I. IV. 30.

2) Anders in der legis actio: Gaj: I. IV. 108: „nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum.

3) Und die veritas in das processualische jus. Oben §. 14. Not. 2.

4) Exceptionen haben dann keinen Raum. Die s. g. Contravindication

tionsartigen adjecta causa angestellten Petition, bleibt ihm diese Wahl entzogen, aber weil diese Zustände nur Qualitäten seiner Aneignung sind, so bedarf es zu deren Substantiirung nur des Ausdruckes des einen oder des andern Zustandes zum Zwecke der Maaßbestimmung der Substanz[5]. Bei dieser condictio legitimirt der Kläger seinen Anspruch auf Restitution nach seiner Wahl durch ein Entzogenseyn des Stoffes seines Angeeignetseyns, das durch eine Willkühr des Beklagten verursacht worden, oder durch eine Willkühr des Beklagten in Ansehung einer ihm, dem Kläger, durch ein Rechtsgeschäft angeeigneten Handlung[6]. Bei der Anstellung einer auf das Angeeignetseyn dieser Handlung gestützten Petition, bleibt ihm aber diese Wahl entzogen, er muß entweder den Zustand des Entzogenseyns sine causa, oder die Geeignetheit des Rechtsgeschäfts, welches er seiner Klage zum Grunde legt, in der Substantiirung seiner Aneignung als deren Maaßbestimmung ausdrücken[7]. Er braucht indeß diese Zustände der bonae fidei possessio, des Eigenthums des Auctors, des Entzogenseyns sine causa, der concreten Geeignetheit des Rechtsgeschäfts, in der Klage nicht zu substantiiren, sondern nur, wenn sie durch prägnante Negationen bestritten werden, durch Prämissen zu erweisen, die erst durch eine Beweisauflage in die Verrichtung

---

ist dann keine exceptio dominii, sondern trägt die Verrichtung eines directen Gegenbeweises: Arch. f. civ. Prax. XXXV. S. 92 ff.

5) Als Legitimation der Substanz für die causa. Bona fides und Eigenthum des Auctors sind nicht Bestandtheile der Erwerbthätigkeit, sondern Zustände, welche sie qualificiren: oben §. 3. Not. 6. Erfüllung der Verpflichtung des Auctors durch die Tradition, qualificirt die Besitzerlangung zum Eigenthumserwerb. Es muß daher zwar in der Eigenthumsklage ausgedrückt werden, daß tradirt worden: oben §. 9. Not. 1; es brauchen aber nicht die Traditionshandlungen erzählt zu werden. Vollendetseyn der Ersitzungszeit, als eine gleiche Qualification, braucht ebenfalls nur ausgedrückt zu werden, ohne daß es einer Angabe des Datum bedarf.

6) Ueber den Gebrauch der condictio in dieser letztern Weise: L. 9. pr. D. de reb. cred. 12. 1; m. Identität S. 97 f. Not. 54.

7) Beim Gebrauche der actiones adjectitiae qualitatis, wo eine Concurrenz von Legitimationsgründen stattfindet, die die Eigenschaft von Condictionsgründen haben: oben §. 6. Not. 3; muß der Ausdruck der Maaßbestimmung eines solchen Condictionsgrundes in der Substanz ebenfalls die petitionsartige actio gestalten. Mit der Unabänderlichkeit der Substanz ist dann

der Substanzen treten[8]). Es wird aber dessenungeachtet in Ermangelung der Ausprägung jenes Maaßes durch ein juridisches Factum, jene Maaßbestimmung ein Erforderniß der Begründung einer solchen Petition, um dem Beklagten die ihm in Ansehung seiner Befugniß zur Gestaltung der ihm aufgedrungenen Defension

der Uebergang zu einem noch nicht substantiirten Condictionsgrunde ausgeschlossen. Wo das römische Recht einen solchen Uebergang gestaltet oder durch Gleichheit der Formel vermittelt, so, wie es scheint, von der actio de peculio zur actio de in rem verso: §. 4. I. quod cum eo etc. 4. 7; und entschieden bei Noxalklagen von der noxalis causa zur scientia domini und umgekehrt: L. 4. §. 3. D. de nox. act. 9. 4 u. L. 2. §. 1. L. 4. §. 2. D. eod.; L. 27. §. 11. D. ad leg. Aquil. 9. 2; fällt derselbe in dieser Lage hinweg. Denn die römische Formel schloß die Substantiirung nicht ab, wie es in jener Lage geschehen ist. Daß es sich dabei, eben so bei der Vertauschung der actio legis Aquiliae mit irgend einer speciellen Contractsklage, um eine bloße Namensänderung handle: Bayer a. a. O. S. 20 f.; ist in jener Prozeßlage keineswegs der Fall. Insofern die Concurrenz jener Condictionsgründe indeß aus prozessualischem Grunde eine bloß elective geworden ist, bleibt dieses Verhältniß ungeachtet des Unterganges dieses Grundes in der neuern Prozeßgestaltung stehen: m. Identität S. 267 u. S. 264 ff. Denn der Untergang des geschichtlichen Grundes einer Rechtssatzung kann den Untergang dieser letztern nicht nach sich ziehen, weshalb der Einwurf gegen die Fortdauer jenes Verhältnisses bei C. Kleinschrod: Concurrenz der Klagen S. 13 f.; unzutreffend ist.

8) Es kann der Beklagte sagen: weil keine Gründe für diese Zustände genannt sind, so konnte auf den Grund dieser Erwerbsorganisation, auf welche die Klage gestützt worden, nicht geklagt werden, allein nur wenn er den Sonderzustand, der diese Klagebegründung ausschließt, opponirt, und dadurch eine Beweislast übernimmt; deren Uebernahme indeß, da ein Bedürfniß zu deren Abwälzung erst eintritt, nachdem der Kläger seine Beweispflicht erfüllt hat: Arch. f. civ. Prax. XXXV. S. 103 ff. S. 107; sich in eine Vertheidigungsgestaltung auflöset, die gestaltend auf die Beweispflicht des Klägers wirkt. Die bloße Negation solcher Zustände muß daher als eine prozessualische Opposition eines Sonderzustandes betrachtet werden, sofern es sich um die Frage handelt, welchen Stoff der Kläger zu deren Beseitigung benutzen dürfe. Die irrige Annahme, daß solche Oppositionen gleich eigentlichen Einreden vom Opponenten zu erweisen sind, hat indeß Bruns: Jahrb. d. gem. d. R. I. S. 111; dahin geführt, den Beweis des Doseyns eines nähern Erben bei testamentarischer Erbfolge dem Erbschaftskläger, bei der Intestatfolge dem Beklagten zuzuweisen.

zustehende Willkühr nicht zu entziehen, und nicht durch eine solche Entziehung das Wesen einer Defension zu vertilgen [9]).

Wie in diesem Gebiete irrige Auffassungen hervortreten, ist nicht allein darin zu erkennen, daß man den Beweis der Erwerbhandlungen des Auctors bei der betreffenden Eigenthumsklage nicht vom Beweise der Substanz des Klagegrundes scheidet [10]), sondern auch da, wo die Unanwendbarkeit oder Ueberflüssigkeit der Substantiirung schroffer in die Augen springt, eine Präsumtion zur Hülfe genommen hat; so für die bona fides [11]), für das Daseyn der Förmlichkeiten eines Rechtsgeschäfts [12]).

## §. 17.

Die zur Willkührlichkeit gesteigerte Verschiedenheit und Unentschiedenheit in der Auffassung rechtlicher und prozessualischer Verhältnisse, läßt es angemessen erscheinen, den vorhin gegebenen Begriffsbestimmungen der Klagenänderung [1]), eine allgemeiner ge-

---

9) Oben §. 7–9.

10) Der Ursprung der Streitfrage: ob in diesem Falle der Kläger das geläugnete Eigenthum des Auctors zu erweisen habe: s. Thibaut: System §. 707 u. das. Cit.; scheint eben der Mangel jener Scheidung zu seyn. Erst die Opposition, daß ein bestimmter anderer als der Auctor, Eigenthum habe oder zur Zeit der Tradition gehabt habe, und die dadurch vermittelte prägnante Negation, daß der Auctor Eigenthum gehabt, kann den Kläger nöthigen neben dem Beweise einer justa causa, den der Vertragsschluß herstellt und der auf den Grund derselben geschehenen Tradition: oben §. 3. Not. 1. 6; auch das Eigenthum seines Auctors darzuthun; wenn man es festhält, daß es sich nur darum handelt, daß der Kläger von einem Auctor der Eigenthum gehabt, erworben, und daß derselbe es nur dann nicht gehabt, wenn ein anderer es gehabt: Arch. f. civ. Prax. XXXV. S. 225. Das hat zur Folge, daß der Kläger statt einen Eigenthumserwerb des Auctors zu beweisen, das Nichteigenthum jenes Dritten beweisen kann, um seiner Beweispflicht zu genügen. Vgl. oben §. 4. Not. 8.

11) Darüber: Gesterding: Nachforschungen V. Abth. 2. S. 38 ff.

12) S. dagegen: Weber: Verbindlichkeit z. Beweisführung VI. 31. Daß sie, bis sie geläugnet, vorausgesetzt werden: Erkenntn. d. O.-A.-G. zu Wiesbaden v. 1853, b. Seuffert: Archiv X. S. 414; scheint ebenfalls keine genaue Auffassung zu seyn. Vielmehr wird man nur sagen dürfen: daß wenn ein bestimmtes Rechtsgeschäft behauptet ist, die Interpretation dahin führt, daß auch das Daseyn der Förmlichkeiten behauptet worden.

1) Oben §. 1 nach Not. 18; §. 9. 11. 13. 15.

faßte anzuschließen. Es ist Klagenänderung: jeder Vortrag, der entweder: 1) die in der zeiträumlichen oder ortsräumlichen oder werthgestaltenden Umständlichkeit beruhende Identität des in der Klage angesprochenen Güterstoffes vernichtet, oder auch 2) mittelst einer Veränderung der in derselben zur Begründung des Ansprechens desselben aufgestellten Aneignungsthätigkeitsgesammtheit das Einflußverhältniß der Rechtsvorschriften und der rechtlich qualificirenden Zustände auf jene Begründung verändert. Es ist Klagenerläuterung: jeder Vortrag, der ohne eine Veränderung der vorgedachten Art zu bewirken, auf die Auffassung des Klagevortrages einen Einfluß übt, oder einen Inhalt demselben hinzufügt, sey er nun bloße den Sinn bestimmende Worterklärung, oder ein Fallenlassen eines Stückes des Vortrages, oder eine durch Substituirung anderer Rechtsvorschriften oder qualificirender Zustände vermittelte erläuternde Abänderung der Klagebehauptungen, sofern sie nicht durch die Opposition eines neuen Inhaltes gegen die Opposition des Beklagten sich zu einer Replik oder einer andern einredegestaltigen Unterstützung der Klage ausprägt. Eine qualificirte Klagenerläuterung, zu welcher der Weg eröffnet wird durch ein hauptsächliches Sachgesuch, welches rechtlich verschiedene Ansprüche auf einen, nach den oben angegebenen Merkmalen identischen Güterstoff, als Conclusionen derselben Geschichtserzählung, mit einander successiv cumulirt; und welche vermittelt wird durch ein Fallenlassen desjenigen Stückes des Gesuches, welches einem Rechtsverhältnisse angehört, das durch diese Cumulation in eine präjudicielle Stellung zu einem andern bleibenden Stücke des Gesuches versetzt worden ist, wird zur Klagenänderung, indem sie Prämissen in die Verrichtung von Substanzen versetzt[2]). Sie ist unzulässig, sofern sie dem Beklagten die Freiheit des Gestaltens seiner Ver-

2) Oben §. 6 nach Not. 8. §. 7—9.

theidigung entzieht, ein Fall, der dann gegeben ist, wenn ihm kein Neugestalten derselben offen gelassen werden kann, ohne eine prozessualische Berechtigung auf die einmal festgestellte Gestaltung zu verletzen[3]). Sie ist daher zulässig, wenn der Klagevortrag und die Antwort des Beklagten auf denselben nur die Eigenschaft einer Vorbereitung der angriffs- und vertheidigungsgestaltenden Verhandlung der Klage und der Einlassung auf, beziehungsweise der Opposition gegen, dieselbe, in sich trägt; und zwar auch dann, wenn der Gegenstand dieser Vorbereitung die Gestaltung von Angriff und Vertheidigung durch die Partheien ist[4]). Insofern aber dieser Gegenstand nur eine Vorbereitung ist für die richterliche Auffassung jener Gestaltung und für das Medium, welches diese Auffassung in der Stoffzuführung von Seiten der Partheien findet, gibt es kein anderes Stadium des Rechtsstreites, in welchem eine prozessualische Berechtigung auf eine bestimmte Gestaltung von Angriff und Vertheidigung festgestellt wäre, als dasjenige, in dem die richterliche Auffassung derselben durch einen rechtskräftigen Richterspruch sich festgestellt hat. Vor demselben gibt es keinen andern mit Unabänderlichkeit bekleideten Bestandtheil der Klage, als die vorgenannte Individualität des angesprochenen Güterstoffes, und der Grund dieser Unabänderlichkeit ist deren bedingendes Verhältniß für das Aufrechthalten des Zweckes, den die Partheien mit ihren Vorträgen verfolgen, und für eine Begränzung des Rechtsstreites gegenüber von anderen Rechtsstreitigkeiten die unter denselben Partheien entstehen könnten, die ein inneres Merkmal der Beendigung des individuellen Rechtsstreites gewährt. Daß die zuletzt genannte Bedeutung jener Vorbereitung der heutigen Prozeßführung entspricht, und demnach da, wo sie schriftlich der mündlichen Verhandlung vorhergeht, innerhalb des Rechtsstreites die specielle Beweisauflage das Stadium jener Unabänderlichkeit bildet, wird aus dem Gesagten hervorgehen[5]), und die Ansicht von der Zulässigkeit der Aenderung eines solchen vorbereitenden Klagevortrages

3) Oben §. 8. 9.
4) Oben §. 7.
5) Oben §. 13. 15.

in der nachfolgenden mündlichen Klagehandlung[6]), in jener Prozeßführungsgestaltung einen geeigneten Haltpunkt finden.

---

## XIV.

## Bemerkungen über die Erforschung von Gewohnheitsrechten.

Von

Herrn Dr. W. Langenbeck,

Docenten an der Universität Jena, früher Hannoverschen Obergerichtsassessor.

Die Ansichten über die Natur des Gewohnheitsrechts sind seit den diese Rechtsmaterie behandelnden Arbeiten der neuern Juristen so sehr verändert, daß sie in vielfacher Beziehung den darüber noch vor 30—40 Jahren herrschenden Meinungen völlig widersprechen. Man hat seit dem Erscheinen der Puchta'schen Monographie[1]) einsehen gelernt, daß das Gewohnheitsrecht ein in dem Bewußtsein des Volkes unmittelbar entstandenes Recht ist, welches, anstatt der frühern Ansicht nach seinen Ursprung aus der öftern Uebung (Sitte, Gewohnheit) herzuleiten, in der Sitte sich offenbart, oder — um mit Puchta's Worten zu reden — als ein Recht erscheint, dessen Quelle nicht, sondern dessen Gestalt die Gewohnheit ist, „in der sich das Recht verkörpert"[2]).

In Verfolgung dieses Gedankens hat man erhebliche frühere Irrthümer entdeckt, welche auch in der Praxis der verschiedenen deutschen Länder mehr oder weniger beseitigt sind. Darüber ist man wohl allgemein einverstanden: der Richter muß sich zu allen Zeiten die Erforschung des Gewohnheitsrechts angelegen sein lassen,

---

6) Mittermaier: Arch. f. civ. Prax. XXXIII. S. 147; vgl. XXXIX. S. 415; Oppermann: ebendas. XXXVIII. S. 21. 247; für die Abänderlichkeit der schriftlichen Grundlage im Hannöverischen Verfahren, gegenüber der Unabänderlichkeit in Holstein.

1) „Das Gewohnheitsrecht" von G. F. Puchta, Erlangen 1828, 2 Bde.

2) Conf.: Puchta, Pandecten §. 11.